التنازل عن العقد

نطاق التنازل عن العقد

أحكام التنازل عن العقد

دكتور

نبيل ابراهيم سعد

أستاذ ورئيس قسم القانون المدنى
كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية
والمحامي بالنقض

٢٠٠٤

دار الجامعة الجديدة

٣٨ ش سوتير - الأزاريطة - ت: ٤٨٦٨٠٩٩

التنازل عن العقد

بسم الله الرحمن الرحيم

«وقل ربى زدنى علما»

صدق الله العظيم



مقدمة

١ - ارتباط انتقال الالتزام بتطور فكرة الالتزام:

إن فكرة انتقال الالتزام قد ارتبطت ارتباطا وثيقا بتطور فكرة الالتزام ذاتها. فانتقال الالتزام لم يكن يتلاءم والنظرة الشخصية المحضة التى ترى أن الجوهر فى الالتزام هى تلك الرابطة التى تربط بين شخصين: الدائن والمدين، حيث إن انتقال الالتزام يفترض، علاوة على هذه الرابطة، أن يمثل الالتزام فى ذاته قيمة مالية بالمعنى القانونى والاقتصادى لهذه الكلمة.

ولم تستقر فكرة الالتزام بهذا المعنى إلا بعد أن مرت بمراحل تطور طويلة فى كل من المانيا وفرنسا[١]. وقد وصل الأمر ذروته عندما عرض M. Ginossar فى رسالته أن الحق الشخصى ليس الا مالا يختص به الدائن ويعتبر مكونا لعنصر من عناصر ذمته المالية، وذلك بما له من حق ملكية عليه[٢]، أليس للدائن أن يتنازل عن حقه، كمالك العقار الذى يمكنه بيعه[٣].

وقد اقترح هذا الفقيه تصنيفاً جديداً للحقوق المالية. ويكفى أن نشير هنا، ودون الدخول فى التفصيلات، إلى أنه يفرق بصدد الحق الشخصى بين الرابطة التى تربط الدائن والمدين فقط، وهى مايسميها الفقه الحديث برابطة الالتزام، وبين حق الملكية الذى للدائن على هذا الحق، وهو الذى

---

(١) انظر فى نفس هذا المعنى إسماعيل غانم، فى النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ١٩٦٨، فقرة ٩ ص٢١ وما بعدها، عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد، جزء ٣، ١٩٥٨، فقرة ٢٣٩ ص ٤١٨.

(2) Ginossar, Droit réel, propriété et Créance, élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux, L. G. D. J. 1960, p. 35.

(3) Ibid, pp. 85, 86.

يمثل علاقته بالغير، حيث يستطيع أن يقتضى احترام الغير لهذا الحق، أى أنه كأى حق عينى، يحتج به على الكافة[٤].

حتى ولو أننا لم نأخذ بنظرية M. Ginossar، فإن الالتزام يعتبر، على الأقل فى جانبه الايجابى، الحق الشخصى، قيمة مالية، كما أن الاحتجاج به على الكافة لايتعارض مع اعتباره حقا شخصيا وفقا للفقه التقليدى[٥] فالحقوق الشخصية باعتبارها استئثار قاصر على أصحابها، ففى هذه الحدود تكون بطبيعتها قابلة للاحتجاج بها على الكافة[٦].

وعلى ذلك فإنه بالرغم من أن الحق الشخصى يعتبر قيمة مالية، إلا أنه يتميز بخاصية معينة، وهى سلطة الدائن فى اقتضاء أداء معين من المدين. فالحق الشخصى يتضمن إذن قيدا على حرية الغير لصالح صاحبة، وهو بهذا المعنى يفرض على الكافة احترام حق الدائن، وهذا ما أصطلح على تسميته بقابلية الحق الشخصى للاحتجاج به على الغير. لكن بالنسبة لشخص الملتزم بتنفيذ الأداء فإن الحق الشخصى ينتج عنه عدم مساواة استثنائية[٧]. وكما لاحظ M. Dabin أنه «من حيث أن الالتزام ينشئ رابطة

---

(4) V. les critiques de Cette Thèse, j. Dabin, une nouvelle - définition du droit réel, Rev. trim. dr. civ. 1962, pp. 20 et s. et la réponse de M. Ginossar pour une meilleur définition du droit réel et du droit personnel, ibid, pp. 573 et S. et V. en général. sur l'analyse et la critique de la thèse de Ginossar, J. Chestin, et G. Goubeaux, Traité de droit civil, introduction général, L. G. D. J, 1977, n os 220 et s. pp. 168 et s.

(5) En ce Sens, J. Flour, et J. L. Aubert, Droit civil, les obligations, V. I, l'acte juridique, 1975, no 18, note 2, p. 12.

(6) J. Ghestin, et G. Goubeaux op. cit, no 189, p. 134, et no 222 p. 171.

(7) Ibid, no 191, p. 139.

بـين الدائـن والمديـن، فـإن حريـة المدين لم تتقـيـد فـحسب، بل إنهـا تتـعرض لسلطـان الدائـن، فالمدين قد التزم بشخصه[٨] لذلك يمكن القـول فى حـدود مـعينة، أن الحق الشخصى يعتبر سلطة عـدوان ضـد المدين Un pouvoir d'agression contre le débiteur[٩].

من الناحيـة التـاريخيـة لم يكن انتقـال الالتـزام جـائزا إلا فى مرحلة متأخرة. ففى القانون الرومانى كان الالتزام عبارة عن حق شخصى للدائن على المدين، وكان يمكن أن يصل إلى درجة أن يكون حق حياة أو موت. بالإضـافة إلى ذلك فإن الالتزام لم يكن ينشأ إلا باتبـاع إجراءات شكلية معينة من جانب الدائن والمدين نفسه. وعلى ذلك فلكى يتغير شخص المدين أو الدائن فـإنه يجب اتبـاع نفس الإجـراءات الشكليـة لينشأ التـزام جديد، وذلك دون أن يتصور نقل الالتزام ذاته بخصائصه وبضماناته.

وقـد عرف القـانون الرومـانى بعـد ذلك انتقـال الحقـوق والالتـزامات بالميراث، وإن كان التطور قد بدأ بالسـماح أولا بانتقـال الحقوق، ثم بعد ذلك بقرنين من الزمان يبدو أنه سمح بانتقال الديون. وقد استقر هذا الأمر فى نهاية عصر الجمهورية الرومانية. وقد كان تبرير ذلك يستند إلى مجاز محض وهو أن شخصية الوارث تعتبر امتدادا لشخصية المورث. وقد كان من أثر ذلك اعتراف، فى الواقع بالصفة المالية للالتزامات.

أما بالنسبة لانتقال الالتزام فيما بين الأحياء، فإنه يجب التفرقة بين حوالة الحق وحوالة الدين. ففيما يتعلق بحوالة الحق فإن القانون الرومانى لم يعترف اطلاقا بمبدأ قابلية الحق للحوالة. لكن قد أدى تطور التجارة والائتمان إلى تحريف هذا المبدأ وذلك عن طريق وسائل متنوعة. يكفى هنا

---

(8) J. Dabin, le droit subjectif, p. 181.

(9) J. Ghestin, et G. Goubeaux. op. cit. 191, p. 139

أن نشير إلى فكرة تجديد الالتزام بتغيير شخص الدائن، وذلك عن طرق إنشاء التزام جديد. وكذلك الالتجاء إلى الوكالة: La procuratio in rem suam وتتحقق بأن يوكل الدائن الأصلى من يريد تحويل الالتزام إليه فى قبض الدين باسمه من المدين.

ومع ذلك يجب أن نقرر، منذ البداية، أنه لم يتحقق أى حوالة للحق طبقا لأى من هذه الوسائل - ففى التجديد ينقضى الالتزام الأصلى وينشأ مكانه التزام جديد بمقومات وخصائص غير المقومات والخصائص التى كانت للالتزام الأصلى. وفى حالة الوكالة فإنها إذا كانت تسمح للوكيل أن يقبض الدين من المدين دون حاجة إلى رضائه بتحويل الدين، إلا أن هذه الطريقة لم تكن مأمونة. لأن الدائن الأصلى كان يستطيع أن يعزل الوكيل قبل أن يقبض الدين(١٠).

وفى عصر لاحق اعترفت الدساتير الامبراطورية بإمكانية حوالة الحق، وذلك عن طريق دعوى معينة La denunciato ، والتى بمقتضاها يعلن المدين بعدم قيامه بالوفاء المبرئ بين يدى المتنازل. وهذه الدعوى تعتبر الأصل التاريخى للمادة ١٦٩٠ من القانون المدنى الفرنسى(١١).

فى القانون الفرنسى القديم قد استبعد فى العمل مبدأ عدم قابلية الالتزام للانتقال، وذلك رغم تأكيد الشراح على هذا المبدأ. ولذلك قد تم تشبيه اعلان المدين المتنازل لديه بالتسليم الذى تنتقل به الحقوق العينية. وتعتبر هذه أول خطوة نحو الاعتراف بمالية الحقوق الشخصية.

---

(10) Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil français Vol. Z, no 622, p. 425.

وأنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، جزء ٣، ١٩٥٨ فقرة ٢٣٩ ص ٤١٧.

(11) J. Chestin, La transmission des obligations en droit positif français, in La transmission des obligations, Travaux des IXes Journées d'études juridiques jean Dabin organisées par le Centre de Droit des Obligations, L. G. D. J. 1980. p: 7.

وفى القرن الثامن عشر قد تأكد مبدأ قابلية الحقوق الشخصية للحوالة. ولم يتردد Pothier فى الكلام عن «ملكية الحقوق الشخصية» فى مطوله الخاص بعقد البيع(١٢).

وقد تأثر التقنين الفرنسى بهذا التطور وأقر حوالة الحق فى مواده من ١٦٨٩ إلى ١٧٠١ والمتعلقة «بنقل الحقوق» le transport des créances.

ومنذ هذا التاريخ قد تطورت فكرة القيمة المالية للحق الشخصى وانكمش الطابع الشخصى للالتزام. وذلك نتيجة الطابع المالى للعلاقات التعاقدية والتى تتسم بقابليتها للانتقال، وبعدم قيامها، بصفة عامة، على الاعتبار الشخصى. كما أن استعمال السندات القابلة للتداول قد أعطى لانتقال الحقوق انطلاقة جديدة.

لكن من جانب آخر فإن التقنين الفرنسى لم يتضمن أية اشارة إلى حوالة الديون، وذلك على عكس ما فعل بالنسبة لحوالة الحقوق. ومع ذلك فإنه تحت ضغط الحاجة فى الحياة العملية قد أدى التطور التاريخى إلى ظهور وسائل فنية تؤدى إلى الوصول إلى نفس النتيجة. وقد كان ذلك بالالتجاء إلى ما هو معروف من أنظمة قانونية، كالالتجاء إلى الإنابة. كاملة أو ناقصة، إلى الاشتراط لمصلحة الغير. فهكذا يتطور القانون على مر العصور، كيف اكتشف القانون المدنى الفرنسى فكرة الإثراء بلا سبب فى القرن التاسع عشر، وكيف عرف فكرة الاشتراط لمصلحة الغير التى حرمها قانون

(12) Traié de la vente, nos 552 - 559, Vo Sur l'ensemble de cette évolution. P. Raynaud, les contrats ayant pour Objet une obligations, Cours, D. E. A. Paris II 1977. 1978: pp: 7 à 11; V aussi A. Weill, et F, Terré, Droit civil, les obligations, 1975, no 954, p. 991 - 992; J. Carbonnier, Droit Civil, t. 4, les obligations, no 123, p 488.

نابليون؟ أليس بالاستناد إلى فكرة الفضالة، بالاستناد إلى ماهو مستقر ومعروف؟ وهذه الطريقة ليست وليدة اليوم، أو القرن التاسع عشر، وإنما كانت الأسلوب المألوف والمتبع عبر التاريخ. فهكذا كان يفعل الرومان، فكيف سمح هؤلاء الجهابذة بقابلية الحقوق للانتقال فيما بين الأحياء؟ أليس بالاستناد إلى الوكالة، بالاستناد إلى ما هو معروف لديهم، وقد حملوا لفظ الوكالة مالا يحتمل وظهرت La procuratio in rem suam ولا يخفى على أحد ما ترتب على هذا الأسلوب من غموض اكتنف كثيرا من النظم القانونية، مما أدى إلى اضطراب فى الحلول العملية.

وترجع الصعوبات التى تصادف قبول فكرة حوالة الدين فى التقنين المدنى الفرنسى إلى أن شخصية المدين فى الالتزام أكثر خطرا وأهمية من شخصية الدائن، فعلى شخصية المدين ومقدار يساره وحسن استعداده للوفاء بدينه يتوقف قيمة الدين ذاتها. فلم يكن من السهل التسليم بتحويل الالتزام من مدين إلى مدين آخر دون أن يكون الدائن طرفا فى هذا التحويل عن طريق التجديد. لأن الدائن يأبى أن يتغير عليه مدينه دون رضائه، ويعنيه من تغيير مدينه مالا يعنى المدين من تغيير دائنه[١٣]. ولذلك بقيت القوانين اللاتينية عند هذه المرحلة من التطور ولم تستكمله إلى غايته[١٤].

وقد كان تطور فكرة الالتزام ذاتها فى المانيا أسرع منه فى فرنسا، وذلك نتيجة للتطور الاقتصادى فى القرن التاسع عشر وما ترتب عليه من ضرورة التطور فى الفن القانونى والصياغة القانونية، وذلك لتلبية الحاجات والأوضاع

---

(١٣) السنهورى، المرجع السابق، جزء ٣، فقرة ٢٣٩ ص٤١٧.

(١٤) ومع ذلك قارن القانون الايطالى والقانون البرتغالى.

- V. E. Gaudement, Etude sur le transport de dette à titre particulier, Thèse Dijon, 1898, et Cf. Saleilles, la cession de dettes, Anuales de droit commercial, 1890, p. 1et s.

القانونية الجديدة ولدلك لم تكن تتلائم النظرة الشخصية الضيقة للالتزام مع هدا التطور الهائل، وظهرت الحاجة إلى كل من حوالة الحق وحوالة الدين، وكذلك إمكانية نشوء الالتزام قبل أن يتحدد شخص الدائن طالما أنه قابل للتجديد. ويضاف إلى ما تقدم اتجاه كثير من الفقهاء الألمان إلى التخلص من النظريات الرومانية، ومنها النظرية الشخصية فى الالتزام، وبعث القانون الجرمانى الجديد. ولذلك قد ظهرت نظرية مادية أو موضوعية للالتزام. وهذه النظرية ترتكز على موضوع الالتزام أكثر مما تركز على أشخاصه. وبناء عليه فإن الالتزام يمكن أن يستقل عن شخص الدائن وعن شخص المدين وتكون العبرة فيه بقيمته المالية أكثر من اعتباره رابطة شخصية(١٥).

وقد عرف كل من التقنين المدنى الألمانى (م ١٤١٤ - ١٤١٩) وتقنين الالتزامات السويسرى (م ١٧٥ - ١٨٣)، إلى جانب حوالة الحق، حوالة الدين. وقد تابع التقنين المدنى المصرى الجديد هذا التطور ونظم فى نصوصه حوالة الحق (م ٣٠٣ - ٣١٤) وحوالة الدين (م ٣١٥-٣٢٢) كما أقر الاشتراط لمصلحة الغير (م ١٥٤-١٥٦) والوعد بجائزة (م١٦٢).

وبالرغم من أن حوالة الدين لم تنظم فى التقنين المدنى الفرنسى، وبالتالى ليس من الجائز حوالة الدين بمفرده، الا أن فى الحياة العملية أصبح عملية مألوفة وذلك عن طريق التنازل عن العقود، مثل عقد الإيجار، عقد التوريد، عقد التأمين... الخ. فالتنازل عن العقود الملزمة للجانبين يتضمن بالضرورة تنازلا عن الحقوق والالتزامات كما سنرى فيما بعد. كما أن حوالة الدين متصورة ومألوفة أيضا عندما يتم بالتبعية للتصرف فى مال معين، وذلك كما هو الحال بالنسبة للخلف الخاص. وعلى ذلك فإن حوالة الدين

(١٥) أنظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٩ ص٢٢

بالرغم من اعتبارها منذ وقت طويلة مستحيلة فى القانون الفرنسى، إلا أنها اليوم أصبحت واقعا، بل أصبحت جزءا من القانون الوضعى.

والجدير بالملاحظة أنه إذا كان فى الوقت الحاضر قد تأكدت الصفة المالية للالتزام، مما أدى إلى السماح بانتقاله، إلا أن هذا لايمنع من أن الالتزام مازال يعبر أيضا عن رابطة بين شخصين: الدائن والمدين(١٦).

وكما هو واضح من العرض السابق، إنه لكى تصل القوانين الوضعية فى بلدان العالم المختلفة إلى إقرار فكرة انتقال الالتزام قد مرت بهذا التطور التاريخى الطويل، وما صاحبه من مجهود فقهى كبير فى استنتاج القواعد واختيار الوسائل الفنية لتحقيق هذا الانتقال. وبالرغم من كل ذلك فإن نظام حوالة الحق وحوالة الدين مازال قاصرا عن الاستجابة لمتطلبات العصر الحاضر. ويرجع ذلك إلى أن نظام حوالة الحق قد وضع لمواجهة انتقال حق معين بذاته، وكذلك الحال بالنسبة لحوالة الدين. وقد ترتب على ذلك أن هذه القواعد وتلك الأنظمة قعدت عن أن تصلح لتنظيم انتقال العقد كوحدة واحدة، بما فيه من التزامات وحقوق وما يتضمنه من حقوق ترخيصية وما يضفيه من صفات وهذا ما يجرنا إلى الحديث عن وضع مشكلة التنازل عن العقد.

٢- وضع مشكلة التنازل عن العقد:

نتيجة التطور الاقتصادى الهائل فى العصر الحديث وما عاصره من ظهور أهمية القيم المنقولة، وقد أدى ذلك إلى تطور فى الوسائل القانونية لتستجيب إلى هذه الأوضاع القانونية المستجدة التى أفرزها هذا التطور. ومن أهم مظاهر هذا التطور فى المجال القانونى فكرة التنازل عن العقد. فظهر فى

(١٦) قارن استاذنا الدكتور جلال العدوى، مبادئ الالتزامات الجزء الأول، مصادر الالتزام ١٩٨٣، ص٧.

الحياة العملية التنازل عن عقد الايجار، عقد التوريد، عقد التأمين، عقد العمل، حصص الشركات، عقد المقاولة. كما ظهر فى العمل تبادل الوحدات السكنية بين مستأجر وآخر، وما يتضمنه ذلك من تنازل متبادل عن عقود الإيجار، والتنازل عن عقد شراء وحدة سكنية تحت التشطيب، والتنازل عن عقد شراء سيارة محجوزة، أو سفينة أو طائرة تحت التشطيب. وإلى جانب ذلك نجد أن هناك تنازلا عن العقد بالتبعية للتصرف فى العقار، وذلك كالتنازل عن عقد القرض المضمون برهن، وعقد التأمين، وعقود الإيجار، وعقد المرتب مدى الحياة، وكانتقال عقد الإيجار بالتبعية لبيع المحل التجارى... الخ.

فالتنازل عن العقد أصبح حقيقة واقعة فى قانوننا الوضعى، وبالرغم من ذلك فإنه لاتوجد قواعد قانونية عامة تنظمه(١٧) – وقد يتدخل المشرع من حين إلى آخر ليضع نظاما قانونيا خاصا بالتنازل عن عقد معين.

وتظهر أهمية هذا البحث فى محاولة استقصاء المشاكل التى يثيرها التنازل عن العقد، والبحث عن مدى ملائمة القواعد العامة القائمة فى تنظيمه، وذلك لاقتراح الحلول والقواعد الواجبة التطبيق فى هذا الصدد.

فبالرغم من أهمية مشكلة التنازل عن العقد، فإن الفقه فى كل من فرنسا ومصر، يذهب إلى أن هذا التنازل لايعدو أن يكون حوالة حق وحوالة دين فى نفس الوقت، ومن ثم كفاية القواعد العامة الواردة فى هذا الصدد

---

(١٧) ومع ذلك انظر التقنين المدنى الايطالى المواد من ١٤٠٦ إلى ١٤١٠، والتقنين المدنى البرتغالى، المواد من ٤٢٤ إلى المادة ٤٢٧. وتتضمن هذه المواد القواعد العامة المنظمة للتنازل عن العقد، انظر الملحق فى نهاية الكتاب

لتحكم التنازل عن العقد - وقد أثبتت الحياة العملية، كما سوف نرى، قصور هذه الفكرة، وهذا مادلت عليه الدراسات الكثيرة التى كرست لبحث هذا الموضوع فى الآونة الأخيرة(١٨).

ففى التنازل عن العقد الملزم للجانبين يكون لدينا متنازل ومتنازل له ومتنازل لديه، وبطبيعة الحال العقد المتنازل عنه واتفاق التنازل بين المتنازل والمتنازل له. وفى حوالة الحق مثلا نجد أن هناك محيلا وهو الدائن ومحالا له وهو شخص أجنبى ومحالا عليه وهو المدين، وبطبيعة الحال الحق المحال والحوالة. بالنسبة للتنازل عن العقد الملزم للجانبين فإن الأمر مختلف تماما حيث نجد أن كلا من المتعاقدين دائن ومدين فى نفس الوقت، فكيف يتسنى لنا تطبيق قواعد حوالة الحق وحوالة الدين بحرفيتها فى هذه الحالة؟؟ وخاصة وأنه فى حوالة الحق يجب إعلان الحوالة أو قبول المدين لها حتى تكون نافذة فى حقه فى الوقت الذى يلزم فيه إقرار المدين بحوالة الدين لكى تنفذ فى حقه. وسوف نرى هذه الصعوبات فى كتابات الفقهاء فيما بعد.

وبتطبيق قواعد حوالة الحق وحوالة الدين على التنازل عن العقد الملزم للجانبين يبقى التساؤل قائما، هل يمكن أن يطالب المتنازل له المتنازل لديه بالحقوق المحالة بمجرد إعلانه، وبالرغم من عدم إقرار المتنازل لديه لحوالة الدين؟ هل يمكن فصل الحقوق عن الالتزامات فى العقود الملزمة للجانبين

---

(18) Ch. Lapp. Essai Sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier, Thèsè strasbourg. 1950; Vilar, la cession de contrat, Thèse Montpellier 1968, Ch. Larroumet, les opérations à trois personnages, Thèse Bordeaux. 1968; Ph. Malaurie, La Cession de contrat, Cours de Doctorat Paris II, obligation, Cours D. E. A. Paris II, 1972. 1973, Vo Les différents rapports in La transmission des obligations op. cit.

بالرغم من تقابلهم، ومن اعتبار العقد وحدة واحدة لاتقبل التجزئة؟

فلنأخذ مثلا عمليا وليكن التنازل عن عقد الإيجار، الذييمقتضاه يتنازل المستأجر (المتنازل) عن عقد إيجاره (العقد المتنازل عنه) لشخص آخر يسمى المتنازل له (والطرف الثانى فى اتفاق التنازل) بحيث يحل هذا الأخير محله فى حقوقه والتزاماته الناشئة عن هذا العقد. فالسؤال الطبيعى هل يحل المتنازل له، بمجرد التنازل، محل المتنازل فى حقوقه والتزاماته؟ أو بمعنى آخر:

١- هل للمؤجر (المتنازل لديه) حق فى مواجهة المستأجر الجديد (المتنازل له)، هل يستطيع أن يرجع عليه مباشرة بعد أن تم التنازل؟

٢- وهل للمستأجر الجديد (المتنازل له) أيضا حق فى مواجهة المؤجر؟

٣- وهل يترتب على هذا التنازل براءة ذمة المستأجر الأول (المتنازل) من التزاماته الناشئة عن عقد الايجار فى مواجهة المؤجر (المتنازل لديه).

٤- هل يلزم قبول المؤجر (المتنازل لديه) لهذا التنازل؟ أو بعبارة أخرى هل قبول المؤجر (المتنازل لديه) شرط لقيام التنازل أم أنه مجرد شرط لنفاذه فى مواجهته؟ وبصفة عامة، ما هو دور المتنازل لديه فى عملية التنازل؟

٥- هل التنازل نظام قانونى مستقل عن التجديد والإنابة والتعاقد من الباطن، أم أنه يختلط بهم فى بعض الأحيان؟ وهل التنازل عن العقد هو فى حقيقته مجرد حوالة للحقوق والالتزامات أم أنه شئ آخر؟

ويترتب على هذه التساؤلات انعكاسات وآثار خطيرة، فمثلا:

١- هل يترتب على التنازل عن العقد انتقال التأمينات التى للمتنازل لديه فى مواجهة المتنازل (مدينه الحالى)، وهل يمكن أن يستفيد منها فى علاقته بالمتنازل له؟

٢- أليس هناك مخاطر من أن يكون المدين الجديد (المتنازل له) معسراً، وما يترتب على ذلك من ضرورة البحث فى الحصول على تأمينات جديدة.

٣- قد يترتب على العلاقات المركبة الناشئة عن التنازل، مخاطر البطلان أو الفسخ، وبالتالى التساؤل عن مدى امكانية الاحتجاج بالدفوع وبصفة خاصة فى العلاقة فيما بين المتنازل له والمتنازل لديه؟

٤- تداخل هذه العلاقات قد يستدعى اعلان أو إخطار ذوى الشأن وما يترتب على ذلك من امكانية الاحتجاج بهذه العلاقات، وهذا ما يدعونا إلى التساؤل عن كيفية نفاذ التنازل عن العقد؟

هذه الأسئلة وغيرها من تساؤلات وما يترتب عليها من آثار وانعكاسات هى التى تشكل محور هذا البحث، والذى من خلاله سوف نتعرف على موقف التشريعات المختلفة من هذه المشاكل المتعددة والمتنوعة.

٣- محاولة لتصنيف حالات التنازل عن العقد:

على ضوء الأمثلة السابق بيانها، وأيضا على ضوء المشاكل السابق إثارتها يمكن تصنيف التنازل عن العقد بحسب الزاوية التى تنظر منها إلى التنازل إلى عدة تقسيمات مع العلم بأن بعض هذه التقسيمات أو التصنيفات قد يتداخل فى التطبيقات العملية:

أولا: تصنيف التنازل عن العقد بالنظر إلى مصدره:

يمكن تقسيم التنازل عن العقد إلى تنازل قانونى، وتنازل اتفاقى.

فى التنازل القانونى نجد أن مصدره المباشر هو القانون، وهذا التنازل يفرضه القانون على أطرافه[١٩]. ومثال ذلك ما تنص عليه المادة ٣٠ من

(19) Marty et Raynaud, Traité de droit civil, les obligations, t. II, no 825.

القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧، فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، تنص على أنه «استثناء من حكم المادة ٦٠٤ من القانون المدنى، تسرى عقود الايجار القائمة على المالك الجديد للعقار ولو لم يكن لسند الايجار تاريخ ثابت بوجه رسمى سابق على تاريخ انتقال الملكية». فهذا النص يتضمن تنازلا قانونيا عن عقود الإيجار القائمة على العقار من المالك القديم للمالك الجديد بالتبعية للتصرف فى هذا العقار، وسواء أكانت هذه لعقود ثابتة التاريخ أم كانت غير ثابتة التاريخ قبل تاريخ انتقال الملكية. ونخلص من ذلك بأنه يجب على المالك الجديد للعقار أن يلتزم بعقود الإيجار المبرمة بواسطة المالك القديم، إذ بمقتضى هذا التنازل القانونى سيصبح هو المؤجر فى هذه العقود ويحل محل المالك القديم فى الحقوق والالتزامات الناشئة عن هذه العقود. ومن أمثلة التنازل القانونى أيضا بقاء عقود العمل بالرغم من التصرف فى المؤسسة، وتغير رب العمل، وكذلك بقاء عقود التأمين بالرغم من التصرف فى العقار المؤمن عليه (م ١٩ من قانون ١٣ يوليه ١٩٣٠ فى فرنسا)[٢٠].

أما فى التنازل الاتفاقى، نجد أن التنازل يتم بمحض إرادة الأطراف (المتنازل والمتنازل له)، ودون أن يكون تابعا للتصرف فى مال معين، أو مفروضا بنص خاص.

ثانيا: تصنيف التنازل عن العقد بالنظر إلى آثاره:

ونقطة البداية فى هذا التصنيف ترتكز على أن التنازل قد يؤدى إلى براءة ذمة المتنازل، وفى أحيان أخرى لايرتب هذا الأثر، حيث يوجد فى هذه الحالة للمتنازل لديه مدينان. المتنازل، والمتنازل له. ولذلك يمكن أن نسمى

---

(٢٠) قارن نص المادة ١٩ مكرر من نفس القانون والخاصة بالتأمين على الأشياء ذات المحرك، والتى تجعل للتصرف فيها أثر واقف لعقد التأمين.

التنازل فى الحالة الأولى بالتنازل التام la Cession parfaite، وفى الحالة الثانية بالتنازل الناقص، أو التنازل الجمعى أو الضمىla Cession imparfaite ou la Cession Cumulative

ثالثا: تصنيف التنازل عن العقد بالنظر إلى موضوعه أو محله:

فقد ينصب التنازل على عقد ملزم للجانبين، حيث يتضمن تنازل عن الحقوق والالتزامات الناشئة عن هذا العقد فى آن واحد. وقد يكون التنازل موضوعه أو محله عقد ملزم لجانب واحد، بحيث يقتصر إما على حوالة حق أو على حوالة دين، حسبما إذا كان التنازل من جانب الدائن أم من جانب المدين. وستقتصر دراستنا فى هذا البحث على دراسة التنازل عن العقد الملزم للجانبين نظرا لما يثيره من مشاكل عملية هامة.

٤- خطة البحث:

ونحن نرى لدراسة التنازل عن العقد يجب أن نتبع خطة تتسم بالوضوح وبالبساطة حتى نستطيع أن نجمع عناصر هذه المشكلة المعقدة أو المركبة. وعلى ذلك تنقسم الدراسة إلى بابين:

الباب الأول: نطاق التنازل عن العقد.

الباب الثانى: أحكام التنازل عن العقد:

الباب الأول

نطاق التنازل عن العقد

نتناول فى هذا الباب مشكلتين أساسيتين، فى الفصل الأول، نعرض للتعريف بالتنازل عن العقد وتحديد طبيعته القانونية، وفى الفصل الثانى: نعرض لتمييز التنازل عما يشتبه به من أنظمة قانونية.

الفصل الأول: التعريف بالتنازل عن العقد وتحديد طبيعته القانونية.

فى هذا الصدد يجب أن نقوم بدراسة وتحليل حالات التنازل عن العقد فى مبحث أول، ونعرض بعد ذلك فى المبحث الثانى للتنازل عن العقد بين التجزئة والوحدة.

المبحث الأول: عرض وتحليل لحالات التنازل عن العقد:

وحيث إن حالات التنازل عن العقد تتنوع وتتعدد، فإنه يجب أن نعرض لها أولا فى القانون الخاص بصفة عامة، ثم بعد ذلك نقوم بتحليل عملية التنازل عن العقد ذاتها.

المطلب الأول: تنوع حالات التنازل عن العقد وتعددها.

قد ظهر فى الحياة العملية العديد من حالات التنازل عن العقد، لكن لم يكن ذلك نتيجة لدراسة سابقة أو تطبيق لنظام قانونى محكم، وإنما ظهر التنازل عن العقد ليستجيب لمتطلبات معينة فرضتها الظروف الاقتصادية أو الاعتبارات القانونية.

أولا: حالات التنازل فى القانون المدنى.

١- عقد التوريد: فمثلا إذا أبرمت مؤسسة زراعية عقدا مع إحدى شركات صناعة المعلبات تلتزم بمقتضاه بتوريد منتجاتها الزراعية وذلك خلال

مـدة طويلـة، ثـم قـد تـم التـصـرف فى المؤسـسـة الزراعـيـة، أليس من المناسـب فـى هـذه الحالـة أن يتـم التنـازل أيضـا عـن عقـد التوريـد، ويصبـح المتصـرف إليـــه مستفيدا من هذا العقد وملتزما به فى نفس الوقـــت، أى أنه يحل محل البائع، ولذلك يصبح عقد التوريد، عندئذ، ملزمـا للشـركـة الصناعيـــة (المتنــازل لديــه) والمتـصـرف إليـه، المالك الجديد للمؤسسة الزراعية (المتنازل له)، وهذا يحقق استقرار الروابط العقدية ويسر فى التعامل.

٢- عقد بيع عقار مقترن بقرض:

ومثاله أن شخصا يشترى عقارا، دون أن يكون معه رأس المال الكافى لتمويل هذا الشراء، ولذلك حاجته للائتمان تصبح ضرورية، والوسائل القانونية لهذا الائتمان، كما نعرف، متنوعة للغاية.

لكـن المثـال الواضـح والبسيط لمثل هذا الأئتمان هو القرض. فيكفى أن يمنـح أحـد المقرضـين، وعـادة يكـون بنكا، قرضا للمـشـترى وعن طريـق مـبلـغ القـرض يمكـن المشـتـرى أن يدفـع الثـمن للبـائع. من الناحيـة القانونيـة فـإن الأمـر يتعلـق بعقـد بيع فورى، إلى جانب عقد آخر متـميـز عـنه، وهـو عقـد القـرض. أمـا من الناحية الواقعية، فهـو لايعـدو أن يكـون عـقـد شـراء بالأجل، فـعن طريق القـرض، اسـتطاع المشترى أن يجعـل عـبء تمويل شرائه مؤجلا، أى أنه استفاد بأجل معين فى سداد هذا المبلغ.

ولكن مما تجدر ملاحظتـه أن القـرض لا يستنفـد فكرة الائتـمـان أو يستغرقها أى لايعتبر الوسيلة الوحيدة للائتمان. فالبيع بالآجل، والبيع مقابل مرتب مدى الحياة، والبيع مقابل دفع بعض الديون المؤجلة تسمح للمشترى بأن يؤجل تمويل شرائه للعقار. ولكننا للتبسيط، سوف نقتصر على أخذ

المثال البسيط والمعبر، وهو القرض التابع لعقد البيع.

والمشكلة تتلخص الآن فى أن المشترى يريد أن يبيع هذا العقار، فهو يبحث عن شخص يشترى العقار وفى نفس الوقت يأخذ على عاتقه الوفاء بالقرض. وهذا يعنى أنه سيتعاصر مع عقد البيع تنازل عن عقد القرض. فيصبح القرض من الآن فصاعدا بين المتصرف إليه (المتنازل له) والمقرض (المتنازل لديه). لكن يبقى التساؤل قائما حول: ١- إلى أى مدى تبرأ ذمة المشترى الأول (المتنازل) فى مواجهة المقرض؟ ٢- ما هى حقوق وتأمينات المقرض (المتنازل لديه) فى مواجهة المشترى الثانى (المتنازل له)؟ ٣- ما هى نوع العلاقة بين المشترى الأول (المتنازل) والمشترى الثانى (المتنازل له)؟

فى فرنسا تدخل المشرع بالمرسوم فى ٢٠ مايو ١٩٥٥ والخاص بالقروض المخصصة للبناء، والممنوحة عن طريق مؤسسة الائتمان العقارى، لينظم فى المادة التاسعة منه حالة إعادة بيع العقار المثقل برهن فى صالح الائتمان العقارى. وقد رتبت هذه المادة، وبدون أى تدخل من جانب المقرض، ثلاثة آثار على هذا البيع:

١- تبرأ بقوة القانون ذمة المقترض الأول من التزاماته فى مواجهة المقرض.

٢- المتصرف إليه يحل بقوة القانون محل المقترض ويصبح هو المدين الجديد.

٣- تبقى التأمينات العينية قائمة وضامنة للوفاء بالقرض من المدين الجديد.

ويعتبر هذا النص مستحدثا، ليس فقط لأنه ينظم حوالة الدين، التى لايعرفها القانون الفرنسى، أو أنه يبرئ ذمة المدين الأصلى بقوة القانون، وإنما لأنه سمح بهذا الحلول الكامل محل المدين فى العقد دون أدنى موافقة من الدائن، مؤسسة الائتمان العقارى. فهل يمكن تفسير ذلك، فى نطاق

القانون المدنى، بأن هناك رضاء مسبق من مؤسسة الائتمان العقارى ببراءة ذمة مدينه فى حالة اعادة بيع العقار[1].

لكن خارج نطاق هذا النص، فإنه طبقا للقواعد العامة، وما يجرى عليه العمل، فى حالة القرض المخصص لتمويل شراء عقار، نجد أن هناك شرطا ينص على الاستحقاق المبتسر للقرض. وهذا الشرط يجرى عليه العمل لدرجة أنه أصبح شرطا مألوفا فى هذا النوع من عقود القرض. فنجد أن عقد القرض ينص على أنه «فى حالة تصرف المقترض فى العقار المثقل بالرهن، فإن المبلغ الأصلى، والفوائد، والمصاريف وغيرها من التوابع تصبح مستحقة الأداء فى الحال».

وعلى ذلك يترتب على بيع العقار المثقل برهن ضامن للقرض، ودون تدخل من جانب المقرض، ثلاث نتائج للحوالة الداخلية للدين، ولحق الرهن وللشرط الفاسخ المبتسر:

١- يبقى المقترض الأول ملتزما بالدين، ومن ثم يستطيع المقرض أن يرجع عليه.

٢- وحيث إن القرض مضمون برهن يثقل العقار المتصرف فيه، فإن المقرض يستطيع تتبع العقار فى يد المتصرف اليه (الحائز) للتنفيذ بدينه فى حدود قيمة العقار.

٣- يصبح القرض مستحق الأداء فى الحال.

وللتخفيف من هذه النتائج فإن العمل قد جرى على الالتجاء إلى وسيلتين: الأولى، تتعلق بالتنازل عن عقد القرض تنازلا تاما، بمعنى أن المقترض الأول تبرأ ذمته من القرض ويلتزم محله المتصرف إليه بسداد القرض

(1) V. Mazeaud, La vente d'un logement hypothèque en garantie d'un prêt à la Construction. Mélange Julliot de la Morandière 1964, p. 367.

ويكون للدائن حق مباشر فى مواجهة هذا المدين الجديد، مع الاستفادة من التأمينات العينية المحمل بها العقار. والوسيلة الثانية، تتلخص فى أن البنك يقبل التصرف فى العقار دون أن يصبح القرض مستحقا فى الحال، على أن يكون له حق مباشر فى مواجهة المتصرف إليه الجديد إذا قبل هذا الأخير أن يأخذ هذا القرض على عاتقه، لكن دون أن يبرئ، مع ذلك، ذمة المقترض الأول. وقد يكون فى ذلك مفاجأة للمقترض، وخاصة وأنه قد يعتقد أن بيع العقار وأخذ المتصرف إليه على عاتقه القرض سيؤدى إلى براءة ذمته من الالتزامات الناشئة عن القرض، ولذلك يكون من المناسب:

١ – إعلام المتصرف بكل هذه التفصيلات.

٢ – حتى يتسنى له أن يأخذ التأمينات اللازمة لضمان رجوعه على المتصرف إليه فى حالة ما إذا اضطر إلى رد القرض الذى يقع على عاتقه خاصة وأن قواعد الوفاء مع الحلول قد تعرضه للمخاطر، كما أن امتياز البائع قد لايحقق له الضمان الكافى[٢].

ذهبت بعض أحكام القضاء[٣] وجانب من الفقه[٤] إلى أن أخذ

---

(٢) انظر فى تفصيل ذلك

Ph Malaurie, op. cit, p. 39 et 40.

(٣) بعض أحكام القضاء ذهبت إلى أن تحمل المتصرف إليه بالمرتب مدى الحياة دون براءة ذمة الملتزم به يعتبر من قبيل الإنابة الناقصة وذلك حتى ينفى اعتباره تجديدا والبعض الآخر اعتبر التحمل بعقد civ. 3, 5 juin 1970. rejet D. 1970. 727, Bull, civ. III, no 287

التوريد، دون براءة ذمة المدين الأول من قبيل حوالة الدين.

Com. 10 févr. 1975, Bull. civ. IV, no 38.

وفى حكم حديث قد قرر أن أخذ القرض والتحمل به، دون براءة ذمة المقترض الأول لايعتبر تجديدا عن طريق تغيير المدين، مما قد يفهم منه أنه يعتبر كذلك إذا كان هناك براءة لذمة المقترض الأول.

Com. 8 Juill. 1975, Bull. civ. IV, no 195.

(٤) انظر بصفة خاصة:

Dagot, La novation par changement de débiteur et le droit hypothécaire J.C.P. 1975. 1 - 2693

المتصرف إليه القرض على عاتقه يعتبر من قبيل الإنابة، الكاملة أو الناقصة، أو من قبيل التجديد عن طريق تغيير المدين مع الاحتفاظ بالتأمينات العينية، وقد انتقد الفقه بشدة هذا التكييف القانوني[٥].

وفي نظرنا لايمكن اعتبار هذا الاتفاق من قبيل الإنابة، حيث أن جوهر الإنابة هو عدم الاحتجاج بالدفوع، ولهذا السبب تذهب غالبية الفقهاء إلى اعتبارها تصرفا مجردا[٦]، على الرغم من أن القاعدة العامة في القانون المدني أن التصرف لايكون صحيحا إلا إذا كان له سبب، وعلى سبيل الاستثناء، توجد بعض التصرفات المجردة، بحيث إن غياب السبب لايؤثر على صحتها، ولاتعتبر باطلة حتى ولو أثبت خلوها من السبب.

ولايهم كثيرا أن تكون الإنابة ناقصة، بمعنى أن المناب لديه لايبرئ ذمة المنيب، فهذا أثر للإنابة تجاه المنيب دون أن يكون له أي تأثير على صحة الإنابة، خاصة فيما يتعلق بالعلاقة فيما بين المناب والمناب لديه[٧].

وهذا يعني أن تعهد المناب (المتصرف إليه الجديد) تجاه المناب لديه (المقرض) سيكون مستقلا عن العلاقة بين كل من المنيب بالمناب لديه (المقترض الأول بالمقرض) والمناب بالمنيب (المتصرف إليه الجديد والمتصرف

---

(٥) أنظر في النقد الحاسم لاعتبار هذا الاتفاق نوع من الإنابة

Ch - Larroumet, Thèse précitée, no/ 02.

ويصدق نفس النقد والتعليل بالنسبة للتجديد.

(٦) أنظر على سبيل المثال

Marty et Raynaud, op. cit, no 842

B. Starck, Droit civil obligations, 1972, no 2376; H. Capitant. Mazeaud. Leçons de droit Civil. t. II, 1971, par M. De Juglart, no 1246; A. Rieg, in Rep. civ., 2eme éd. 1971, Vo Délégation, no 34.

(٧) أنظر المراجع السابق الإشارة إليها، وانظر عكس ذلك

Maury, in Rep. civ, 2e ed 1970 Vo Cause, no 179.

المحيل) مما يترتب على ذلك نتيجة جائرة، بحيث إذا كان القرض، لسبب أو لآخر، باطلا. أو البيع كان باطلا أو فسخ، فإن المتصرف إليه يبقى ملتزما بدفع القرض دون أن يتلقى أدنى مقابل.

قد يقال إن الانابة كتصرف مجرد ليس بالقاعدة الآمرة أو الملزمة، إذ يجوز للمناب أن يُعلم المناب لديه صراحة بالسبب الذى دفعه للالتزام، أى أنه يجعل سبب التزامه فى مواجهة المناب لديه الحق الذى منحه إياه المنيب. ونحن نعتقد أنه لايكفى، لجعل الانابة، سببا، أن المناسب يخطر المناب لديه صراحة بأن التزامه تجاهه سببه ما هو ملتزم به تجاه المنيب[٨]، اذ، يبدو لنا، أنه من الوقت الذى يصبح فيه للإنابة سبب لاتعتبر بأية حال إنابة حقيقية.

كما لايمكننا أن نسلم، من باب أولى، بأن هذا الاتفاق يعتبر من قبيل التجديد، حيث إن التجديد، بحسب تعريفه ووضعه، ينشئ التزاما جديدا، بعد انقضاء الالتزام الأصلى، بتوابعه، بينما هنا الأمر على خلاف ذلك حيث أن نفس الالتزام هو الذى ينتقل من المتصرف (المقترض) إلى المتصرف إليه.

بالإضافة إلى ذلك فإنه فى التجديد يحل محل الالتزام الأصلى التزام جديد بضمانات وصفات ودفوع قد تختلف عن تلك التى كانت للالتزام الاصلى. فإذا اعتبرنا إن هذا الاتفاق تجديدا فإنه يلزم لنقل التأمينات الضامنة للوفاء بالدين أن يتم الاتفاق على ذلك وقت التجديد، وأن تراعى الأحكام المتعلقة بالشهر، وذلك حتى تنفذ فى حق الغير. أما إذا اعتبرنا أن الأمر يتعلق بالتنازل عن عقد القرض فإن من مقتضيات ذلك بقاء نفس التأمينات ضامنة

---

(٨) مع ذلك قارن H Capitant, op. cit., no 178, p. 384.

للوفاء بالدين[٩]، وذلك بشرط موافقة الدائن (المقرض) على براءة ذمة المدين الأول.

وقد حسم المشرع الفرنسى هذا التردد وأضاف بقانون ١٦ يوليو ١٩٧١ فقرة ٢ إلى المادة ١٢٧٩ من التقنين المدنى الفرنسى والمتعلقة بالتجديد والتى بمقتضاها سمح ببقاء التأمينات العينية، والامتيازات الضامنة للدين وذلك بشرط رضاء الملاك الجدد للمال المحمل بها وذلك لضمان تنفيذ التزام المدين الجديد[١٠].

وفى مصر يرى الأستاذ الدكتور السنهورى، أن حوالة الدين أفضل بكثير من التجديد، حيث إنها تحتفظ بالالتزام ذاته دون تغيير فيه، ويبقى لهذا الالتزام ضماناته وصفاته ودفوعه لمصلحة كل من الدائن والمدين. ويقول أيضا «والواقع من الأمر إن التجديد لم يعد له، إلى جانب الحوالة مكان يذكر، فإن الحوالة تطغى عليه ويؤثرها الناس فى تعاملهم....»[١١].

وقد جاء التقنين المدنى المصرى بنص خاص فى هذه المسألة لأهميتها العملية. فقد نصت المادة ٣٢٢ مدنى على أنه «١- لا يستتبع بيع العقار المرهون رهنا رسميا انتقال الدين المضمون بالرهن إلى ذمة المشترى إلا إذا

---

(٩) انظر:

Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil Français, 2e éd. t. VII 1954 par Radauant, no 1269, p. 675; et Comp. H. Mazeaud, la Vente d'un logement, op. cit, p. 367; Christian Pactet. De la réalisation de la novation, Rev. tr. dr. civ. 1975, 655, no 47.

(١٠) وقد أبدى M. Foyer تردده فى قبول هذا الاصلاح، واعتبر أن هذا الأمر قد تم ارتجالا، حيث أن وضع النص بهذه الصورة وفى هذا المكان لايتفق مع الحقيقة، إذا أن الأمر يتعلق بحوالة دين وليس متعلقا بالتجديد عن طريق تغيير المدين، ومع ذلك قد تم صياغة الفقرة بطريقة أخرى وقد تم اقرارها.

J. O Déb. Assem. Nat: 1971: 2827.

(١١) السنهورى، الوسيط، جزء ٣، ١٩٥٨، فقرة ٢٤٢ ص ٤٣٩.

كان هناك اتفاق على ذلك» «٢- فإذا اتفق البائع والمشترى على حوالة الدين، وسجل عقد البيع. تعين على الدائن متى أعلن رسميا بالحوالة أن يقرها أو يرفضها فى ميعاد لايجاوز ستة أشهر، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأى أعتبر سكوته اقرارا».

يجب أن نشير أولا إلى أن التقنين المدنى المصرى وضع الأمور فى نصابها الطبيعى، ونص على حكم هذه المسألة بصدد تنظيمه لحوالة الدين وليس التجديد. وعلى ضوء هذا النص، فإنه لكى يتم التنازل عن عقد إلقرض من البائع إلى المشترى بالتبعية لبيع العقار، المحمل برهن ضامن لهذا القرض، يجب الاتفاق على ذلك. وهذا لا جديد فيه، حيث إن التنازل لايفترض، وبيع العقار المرهون ليس من شأنه افتراض التنازل عن القرض المضمون بالرهن، بل لابد من أن يكون هناك اتفاق خاص على هذا التنازل.

لكن إذا تم الاتفاق على التنازل عن عقد القرض بين البائع والمشترى، أى بين المتنازل والمتنازل له، ثم سجل عقد البيع، وتم اعلان التنازل من البائع أو المشترى إعلانا رسميا للدائن، ففى هذه الحالة يجب على الدائن أن يقر التنازل أو يرفضه فى ميعاد لايجاوز ستة أشهر من وقت إعلانه بالتنازل، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يقر المتنازل أو يرفضه، اعتبر سكوته إقرارا بالتنازل لا رفضا له، وذلك خلافا للقواعد العامة فى صدد حوالة الدين.

ويبرر الخروج على القواعد العامة فى هذا الصدد، اعتبارات عملية، فمن المصلحة، بعد أن انتقل العقار المرهون إلى ملك المشترى، وأصبح ملزما بالدين عينيا بحكم ملكيته للعقار، أن ينتقل الدين إلى ذمته حتى تتفق مسئوليته الشخصية مع مسئوليته العينية. ومن ثم شجع النص على الوصول

إلى هذه النتيجة، بأن تولى تحديد ميعاد، ليس بالطويل، يكون انقضاؤه مع سكوت الدائن إيذانا بإقرار التنازل لا برفضه(١٢).

ويكـون اقـرار الدائـن بالتنـازل صريحا أو ضمنيا، كما لايشترط فيه شكل خاص. ويكـون اقـرار الدائـن للتنازل إقرارا ضمنيا إذا استوفى الدين أو جـزء منـه مـن المتنـازل لـه دون تحفـظ، أو قبـل منه أى عـمل آخر يقـوم بـه علـى اعتبـار أنه المدين. ويثبت إقرار الدائن بالتنازل بجميع الطرق، وفقاً للقواعد العامة، لأنه تعبير على الإرادة، فهو تصرف بالإرادة المنفردة.

والقـاعـدة أن الدائـن حـر فـى إقـرار التنـازل أو رفـضـه، فـإن أقـره انتقـل بالنسبـة إليـه ما ينشـأ عـن العقد من حقوق والتزامات من ذمة المديـن الأصلـى (المتنـازل)، إلـى ذمـة المتصـرف إليه (المتنازل له). وأن رفضه فإن ذمة المدين الأصلى (المتنازل) لاتبرأ فى مواجهته، ويبقى مسئولا بالدين أمامه.

وعلى ذلك فإن التنازل عن عقد القرض ينعقد بمجرد التراضى بين المتنازل (البائع) والمتنازل له (المتصرف اليه) وذلك قبل إقرار الدائن له. فالإقرار الذى يصدر من الدائن إنما يلحق عقداً كامل التكوين لا يساهم الاقرار فى تكوينه، بل كل ماله من أثر هو أن يجعل هذا العقد نافذا فى حق الدائن. ومن ثم لايعتبر إلاقرار قبولا ينتج أثره من وقت صدوره، بل هو إقرار لاتفاق تم من قبل، فيكون له أثر رجعى يستند إلى وقت انعقاد التنازل لا إلى وقت صدور الاقرار.

ومتى صدر إقرار الدائن على النحو الذى سبق بيانه، أصبح التنازل نافذا

(١٢) أنظر فى تفصيل ذلك، السنهورى، المرجع السابق، جزء ٣، فقرة ٣١٩ ص ٥٧٢، ٥٧٣ وانظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المادة ٣٢٢ مدنى، مجموعة الأعمال التحضيرية، ٣ ص ١٦١، ١٦٢.

فى حقه، وانتقل عقد القرض، بما يرتبه من حقوق وما ينشئه من التزامات، من المتنازل (المتصرف) إلى المتنازل له (المتصرف إليه) ويترتب على التنازل النتائج الآتية:

١- براءة ذمة المدين الأصلى المتصرف (المتنازل).

٢- يحل محله فيما له من حقوق وما عليه من التزامات المتصرف إليه (المتنازل له).

٣- تبقى التأمينات العينية ضامنة للوفاء بالدين (القرض). كما أن الدين ينتقل بكل صفاته ودفوعه.

أما إذا رفض الدائن اقرار التنازل عن العقد، فى هذه الحالة، لايكون التنازل نافذا فى حقه، ومن ثم لا تترتب الآثار السابقة، بحيث يبقى المدين الاصلى ملتزما بالدين التزاما شخصيا، والمتصرف إليه يصبح مسئولا عينيا عن الدين، باعتباره حائزا. ولا تتحقق الفوائد العملية المبتغاة من التنازل. ولهذا السبب رأينا المشرع قد توسع فى حالات إقرار الدائن للتنازل فى هذه الحالة بالذات كما سبق بيانه.

٣- بيع عقار تحت التشطيب:

وهذا يتعلق بالفرض التالى، أن يقوم شخص بشراء بناء لم يكتمل بعد، وينبغى الانتهاء من بنائه خلال فترة معينة. وقبل أن يتم البناء يتنازل المشترى عن عقده[١٣]. وقد يرجع ذلك لأسباب مختلفة، كما لو أنه لم يحسن تقدير نطاق التزاماته بالمقارنة لموارده، أو أنه قد حدث تغيير فى حياته العائلية أو المهنية .. الخ.

---

(١٣) إذا تم التنازل عن العقد بعد تمام البناء فنحن نكون بصدد الفرض السابق، والمتعلق ببيع العقار المقترن بعقد قرض، انظر نص المادة ٤/١٦٠١ من القانون المدنى الفرنسى، والمادة ٣/١٨٣١ مدنى فرنسى.

والأمر هنا يتعلق بالتنازل عن عقد ملزم للجانبين، حيث توجد التزامات متقابلة، فالمشترى ينبغى عليه أن يدفع الثمن، والمتعاقد الآخر (وهو هنا المقاول وفى نفس الوقت البائع) ينبغى عليه أن يتم البناء ويقوم بتسليمه. وهذا العقد قد يكون بيعا لأجل، أى أن الملكية لا تنتقل إلا بعد تمام البناء، وينتج هذا البيع آثاره بأثر رجعى، أى من يوم البيع (انظر المادة ٢/١٦٠١ مدنى فرنسى La vente à terme) وقد نصت هذه المادة على أن «عقد البيع لأجل، هو العقد الذى يمقتضاه يلتزم البائع بتسليم البناء عند الانتهاء منه، كما أن المشترى يلتزم باستلامه ودفع الثمن فى التاريخ المحدد للتسليم. وتنتقل الملكية بقوة القانون من وقت الإقرار الرسمى للانتهاء من العقار، وينتج هذا العقد آثاره بأثر رجعى من وقت البيع».

وقد يكون هذا العقد بيع للبناء فى حالته المستقبلية والمكتملة La vente en l'état Futur d'achèvement وفى هذه الحالة فإن ملكية الأرض والبناء الموجود تنتقل بمجرد التعاقد، أما ما يتم بناؤه فى المستقبل فتنتقل ملكيته بالتدريج. لكن يبقى هناك تساؤل له أهميته، ما هى طبيعة الحقوق المتنازل عنها؟ هل هى حقوق منقولة أم حقوق عقارية؟

وحيث إن الحقوق المتنازل عنها من المتنازل لها نفس الطبيعة التى اكتسبها من البائع، وعلى ذلك فتحديد الطبيعة القانونية لحقوق المتنازل لها أهميتها فى معرفة طبيعة حقوق المتنازل له، وهل هى عقارية أم منقولة؟

وهذا التساؤل ليس له أهمية نظرية فحسب، بل إنه يترتب عليه نفس النتائج التى تترتب على التفرقة بين العقار والمنقول، سواء من حيث قواعد الشهر، والتى يختص بها كقاعدة عامة العقار، والتأمينات العينية، وخاصة الرهن الرسمى والاختصاص، حيث إنهما لايردا إلا على عقار، والأهلية المطلوبة للتصرف فى العقار تختلف عن الأهلية المطلوبة للتصرف فى

المنقول، وكذلك من حيث الحجز أو التنفيذ، فإن الحجز والتنفيذ على عقار يختلف عنه في المنقول، وبعض النصوص الخاصة بالغبن، فهى تتعلق كقاعدة عامة بالعقار.

وبالنظر إلى هذا العقد، نجد أن من آثاره نقل ملكية حصة المتنازل فى الأرض والجزء المقام من المبنى إلى المتصرف إليه، وليس هناك أدنى شك فى أن هذه الحقوق تعتبر حقوقا عقارية. وعلى ذلك فإذا تنازل المتنازل عن حقوقه، فإنه يكون من بين محل عقد التنازل حقوق عقارية، بما تمثله الأرض والجزء المقام من المبنى لحظة التنازل. لكن يجب أن نلاحظ أن لعقد البيع الأول محلا آخر، غير الأرض والجزء الذى يتم بناؤه، وهو التزام البائع (المقاول) بتشييد البناء - ولهذا فإن المشترى (المتنازل) ليس له أى حق عينى على البناء الذى لم يوجد بعد، ومن ثم فليس للمتنازل له حق إلا بقدر ما للمتنازل. فللمتنازل أن يطالب البائع (المقاول) بتنفيذ التزامه بالقيام بالعمل الذى تعهد به فقط.

وعلى ذلك فإن الأمر يتعلق، إلى جانب الحقوق العقارية، بالتزام بعمل، والذى هو فى جوهره دائما التزام منقول une obligation mobilière حتى الالتزام بعمل ولو كان يتعلق بعقار فإنه يعتبر أيضا منقولا، حيث إن محله عمل إنسان وليس الشئ نفسه. ومثل ذلك التزام المهندس المعمارى، الذى يلتزم ببناء منزل، حيث إنه لا يلتزم الا بسلسلة من الأعمال[14]. وبناء عليه فإذا تنازل المتنازل للمتنازل له عن حقه فى الزام المتنازل لديه بتشييد البناء فإنه يكون قد تنازل له عن حق منقول.

(14) Planiol et Ripert, op. cit., t. III 2e èd, 1952. par Picard, no 94.

وهكذا فإننا نجد أن المتنازل قد تنازل للمتنازل له عن حقين: أحدهما ذو طبيعة عقارية (الأرض والجزء الذى تم بناؤه)، والآخر ذو طبيعة منقولة (حقه فى الزام المقاول بتشييد البناء). وقد انقسم الفقه إلى فريقين بصدد هذا الوضع:

فبعض الفقهاء يرى أن نقطة البداية الصحيحة للتحليل القانونى هى أن طبيعة الحقوق محل التنازل تتطور تبعا لتقدم العمل، فهذه الحقوق تصبح أكثر فأكثر حقوقا عقارية.. فعندما يكون العمل مازال فى البداية فإن هذه الحقوق تكون حقوقا ذات طبيعة منقولة، حيث إن الأساس يتمثل فى إمكانية المطالبة بتنفيذ العمل المطلوب، أى أن الالتزام بعمل هو الذى يكون العنصر الأهم. وبالعكس إذا كان قد تم انجاز جزء مهمّ من العمل، كأن يكون البناء قد اكتمل تقريبا، فإن الحقوق تكون ذات طبيعة عقارية، حيث أن نقل الملكية هو الذى يكون العنصر الأهم. وعلى ذلك فإن الحقوق المتنازل عنها ستكون حقوقا مختلطة des droits mixtes (فهى فى نفس الوقت منقول وعقار) وهى أيضا حقوق تطورية évolutifs وبمعنى أنها تصبح أكثر فأكثر حقوقا عقارية كلما تقدم فى تنفيذ العمل)[١٥].

ويترتب على هذا التحليل نتيجتان: الأولى، خاصة بامتياز المتنازل، والأخرى، خاصة بالغبن. فبالنسبة لامتياز المتنازل فإن طبيعة هذا الامتياز تتوقف على طبيعة الحق المتنازل عنه. فإذا كان موضوع التنازل حقوقا عقارية فإن المتنازل يستفيد من امتياز بائع العقار، أما إذا كان موضوع التنازل، حقوقا منقولة، فإن المتنازل لا يستفيد إلا بامتياز بائع المنقول، وما

(15) J. M. Durand, La Cession de droit résultant d'une vente d'immeuble à construire rapport présenté à journée de versailles du Guidon, Paris nov. 1976.

يترتب عليه من اصطدام حقه فى التتبع بقاعدة الحيازة فى المنقول بحسن نية تعتبر سند الحائز[١٦].

ولذلك يقترح أصحاب هذا الرأى تجزئة الثمن الواجب دفعه فى الأجل المضروب، فيخصص جزء للحق العقارى وجزء يقابل الحق المنقول. وذلك لأن الامتياز الضامن للجزء الأول يوجد فيه حق التتبع، أما بالنسبة للامتياز الضامن للجزء الثانى لايوجد فيه هذا الحق. وقد استشعر أصحاب هذا الرأى الخطر الذى يمكن أن يتعرض له المتنازل، حيث إنه قد يحرم من ضمان عينى فعال فى مواجهة المتنازل له، وعلى ذلك فليس أمام المتنازل إلا الحصول على رهن رسمى على العقار المتنازل عنه.

أما بالنسبة للغبن، فهذا الرأى يسمح بقبول الدعوى، لكن يرى بالنسبة لتقدير الغبن ينبغى ألا يؤخذ فى الاعتبار إلا ثمن التنازل، وذلك لمقارنته بقيمة الأموال الموجودة وقت التنازل.

ونحن نرى أن هذا التحليل لا يستقيم مع القواعد العامة، كما أن تجزئة الثمن على النحو السابق تؤدى إلى تعقيد الأمور أكثر من تبسيطها أو حلها. والاتجاه الغالب فى الفقه والقضاء، فى فرنسا ومصر، عندما يكون هناك اتفاق مركب، لايميل إلى تجزئة العقد واخضاعه لقواعد قانونية مختلفة، وإنما يحاول جاهدا أن يعطى للعقد تكييفاً واحداً، يفرضه مضمون العقد، وذلك عن طريق البحث عن العنصر الأساسى فيه. ومثال ذلك الهبة مع تكليف، وهل هى عقد تبرع أم عقد معاوضة؟ فالأصل أنها عقد تبرع مالم تكن قيمة التكليف كبيرة بحيث تقترب من قيمة الشئ الموهوب. ومن ثم

(١٦) أنظر نبيل سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف ١٩٨٢، فقرة ١٨٩، ص ٢٣٠، وفقرة ٢٢٨ ص ٢٤٠. وفى فرنسا انظر الخلاف حول مدى تمتع بائع المنقول بحق التتبع الناشئ عن الامتياز من عدمه

Marty et Raynaud. op. cit, t. III, no 442.

فإن عنصر العوض يَجُب هنا نية التبرع، فيكون عقد معاوضة. فالمعيار هو إما هذا العنصر أو ذاك، وليس العنصرين معا.

فإذا طبقنا هذا المعيار على تنازل المشترى لعقار تحت التشطيب عن عقده، نجد أن الالتزام الأساسى هو نقل الملكية، فالحق الأساسى للمشترى (المتنازل)، وبالتالى للمتنازل له، يعتبر حقا عقاريا وبصفة خاصة، وأنه ينصب فى جزء منه على الأرض. ونحن نعلم ما للأرض من اعتبار أساسى فى نظرية التبعية، منذ أيام الرومان، فمنها القاعدة التى تقضى «بأن كل ما على الأرض يتبع لها»

"tout ce qui est sur le sol relève de sol"

"Superficies solo cedit"

والقاعدة التى تقضى بأن «كل ما يقام على الأرض يتبعها»

"tout ce qui édifié appartient au sol"

٤- عقد شراء السيارة المحجوزة:

وتتلخص هذه الحالة فى أنه فى حالة زيادة الطلب على العرض فى بعض السلع، مثل السيارات، فإن شركات بيع السيارات تلجأ إلى البيع عن طريق الحجز. وتقصر مدة الحجز أو تطول بحسب تناسب العرض مع الطلب أو تفاوته. وفى أثناء فترة الحجز قد يعن للمشترى أن يبيع السيارة المحجوزة لسبب أو لآخر. وبيع السيارة المحجوزة لايعدو أن يكون تنازلا عن عقد الشراء، بما يتضمنه من حقوق والتزامات. وعلي ذلك يحل المتنازل له محل المشترى (المتنازل) فيما له من حقوق وما عليه من التزامات في مواجهة البائع (المتنازل لديه) وبما في ذلك الأولوية. وهذه الصورة من التنازل شائعة فى الحياة العملية. لكن يبقى التساؤل قائما ما هى القواعد التى تحكم هذا التنازل؟؟ تجيب محكمة النقض المصرية على ذلك بقولها «بأن الأمر يتعلق

بحوالة حق. ومن ثم يجوز حوالة الحقوق الناشئة عن طلب حجز السيارة. وينتقل الحق المحال به بمجرد انعقاد الحوالة.

«إذا كان طلب حجز السيارة المقدم من الطاعنة قد أنشأ لها حقا قبل الشركة الموزعة من شأنه أن يجعل لها أسبقية لحجز التالية، بحيث يكون حقها شراء السيارة عند موافقة الشركة المنتجة علي طلبها، وكذلك استرداد مقدم الثمن الذي دفعته بموجب ايصال الحجز في حالة عدم موافقة الشركة المذكورة علي الطلب أو عدولها هي عنه، كما أن لها الحق فى الرجوع على الشركة الموزعة بالتعويض إذا هى رفضت تسليمها السيارة رغم قبول الشركة المنتجة للطلب. وهى جميعها حقوق يصح أن تكون محلا للتعامل وتقبل التنازل عنها بطريق حوالة الحق.

«ولما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الاتفاق تضمن تنازل الطاعنة للمطعون عليه عن طلب حجز السيارة وعن السيارة ذاتها وأن المطعون عليه يصبح مالكا لها عند استلامها من الشركة، فإن الاتفاق على هذه الصورة هو حوالة حق وبمقتضاه ينتقل الحق المحال به من الطاعنة إلى المطعون عليه بمجرد انعقاد الحوالة دون نظر إلى نفاذها فى حق الشركة المنتجة وهى المحال عليها لايغير من ذلك أن الحق فى شراء السيارة لم يوجد بعد عند ابرام الاتفاق أو أنه معلق على شرط قبول الشركة المنتجة لطلب الحجز لأنه تجوز حوالة الحق المعلق على شرط والحق المستقبل[١٧].

وواضح من هذا الحكم أن محكمة النقض لم تقطع بتكييف قانونى

(١٧) نقض مدنى فى ١٩٧٧/٣/٢٢ مجموعة أحكام النقض س ٢٨ ص ٧٣٢.

معين بالنسبة «لطلب الحجز». كما أن محكمة النقض لم تفصح عن مصير التزامات الحاجز قبل الشركة، فهل تبقى على عاتقه رغم حوالة حقوقه؟ وهل يجوز الفصل بين الحقوق والالتزامات فى اتفاق يشكل وحدة واحدة؟ وعلى فرض أن الالتزامات قد انتقلت أيضا إلى المتنازل له عن طريق حوالة الدين، فهل تبرأ ذمة المتنازل بمجرد التنازل أم أنه يبقى مسئولا أمام الشركة إلى جانب المتنازل له؟ وإذا كان الأمر كذلك فهل المتنازل يعتبر هنا مدينا أصليا إلى جانب المدين الجديد وبالتالى يكون للشركة مدينان؟ وهل هذان المدينان متضامنان؟ وماهو مصدر هذا التضامن؟ وإن لم يكن الأمر كذلك فهل يعتبر المتنازل هنا ضامنا للمتنازل له فى تنفيذ التزامه؟ فإذا كانت الإجابة بالإيجاب فما هو مركز هذا الضامن؟ هل هو كفيل؟ أم يقع عليه مجرد التزام بالضمان؟ وماهو مصدر هذا الالتزام؟

كل هذه تساؤلات تكشف عن قصور فكرة الحوالة، عند تطبيقها على التنازل عن العقد، كما أن هذه التساؤلات تكشف أيضا عن تعقد مشكلة التنازل عن العقد.

ومما تجدر الإشارة إليه أن ما يصدق على السيارة يصدق على أى نوع من أنواع السلع المعمرة أو غيرها[١٨]. كما نجد أنه يتحقق للمتنازل فائدة مزدوجة فى أن يتنازل عن العقد من أن يعيد بيع هذه السلع. ففى حالة اعادة بيع السلع التى لم تسلم بعد، قد يتعرض المشترى لمخاطر عدم التنفيذ من جانب ، ومن ثم فهو البائع يعجز عن تنفيذ التزامه بتسليم السلعة، وتكون نتيجة ذلك أن يلتزم بتسليم المتصرف إليه السلعة على نفقته الخاصة، وذلك لأن عدم تنفيذ البائع لايعتبر سببا أجنبيا يعفيه من مسئوليته فى

---

(18) Civ. 3 juil 1827. S. 25. 27. 1. 631 Cie: 6 mai 1857, D. P. 57. 1. 283.

مواجهة المتصرف اليه. بينما على العكس من ذلك فى حالة التنازل عن العقد، فإن المتنازل لايلتزم بضمان تنفيذ العقد المتنازل عنه من جانب المتنازل لديه، كما أن المتنازل ليس ضامنا للعيوب الخفية فى السلعة التى ستسلم من المتنازل لديه الى المتنازل له. فالمتنازل لا يضمن إلا وجود العقد وصحته، وقابليته للتنازل. وهذا ما يؤكد أن المتنازل لا يعتبر مجرد بيع عادى كما يعتقد كثير من الفقهاء.

والقانون المدنى حافل بكثير من تطبيقات التنازل عن العقد، منها على سبيل المثال، لا الحصر، التنازل عن عقد المقاولة، التنازل عن عقد الوعد بالبيع، التنازل عن عقد الوكالة. وغير ذلك من حالات التنازل التى يخطئها الحصر.

١- بيع المصنع أو المتجر وإبقاء الايجار للمشترى:

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٥٩٤ من التقنين المدنى على أنه «ومع ذلك إذا كان الأمر خاصا بإيجار عقار انشئ به مصنع أو متجر، واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع أو المتجر، جاز للمحكمة بالرغم من وجود الشرط المانع أن تقضى بإبقاء الإيجار إذا قدم المشترى ضمانا كافيا ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق».

فهنا يبيح القانون للمستأجر أن يتنازل عن الإيجار لغيره، بالرغم من وجود الشرط المانع، وبالرغم من عدم تنازل المؤجر عن هذا الشرط صراحة أو ضمنا – ففى هذه الحالة نجد أنه لايتصور بيع المصنع أو المتجر دون أن يتنازل البائع عن عقد ايجار العقار للمشترى، لأن شراء المصنع أو المتجر دون بقائه فى العقار الذى أنشئ فيه يعرض المشترى لخسارة كثير من عملاء المصنع أو المتجر. واستجابة لهذه الاعتبارات العملية أجاز القانون للمستأجر أن يتنازل عن الايجار للمشترى، على الرغم من وجود شرط مانع، إذا كان

هناك ضرورة ملجئة لذلك، وإذا لم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق وقدم المشترى ضمانا كافيا[١٩].

وجاء القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى مادته ٢٠ لينظم بيع الجدك، فنصت على أنه «يحق للمالك عند قيام المستأجر فى الحالات التى يجوز له فيها بيع المتجر أو المصنع أو التنازل عن حق الانتفاع بالوحدة السكنية المؤجرة لغير أغراض السكنى الحصول على ٥٠٪ من ثمن البيع أو مقابل التنازل بحسب الأحوال، بعد خصم قيمة المنقولات بالعين. وعلى المستأجر قبل إبرام الاتفاق إعلان المالك على يد محضر بالثمن المعروض ويكون للمالك الحق فى الشراء إذا أبدى رغبته فى ذلك وأودع الثمن مخصوما منه نسبة الـ ٥٠٪ من الثمن المشار إليه خزانة المحكمة الجزئية الواقع فى دائرتها العقار ايداعا مشروطا بالتنازل عن عقد الايجار وتسليم العين وذلك خلال شهر من تاريخ الاعلان».

«وبانقضاء ذلك الأجل يجوز للمستأجر أن يبيع لغير المالك مع التزام المشترى بأن يؤدى للمالك مباشرة نسبة الـ ٥٠٪ المشار اليها».

وطبقا لهذا النص فإن المستأجر الأصلى لمحل تجارى أو مصنع، إذا قامت بالنسبة له ضرورة ملجئة يضطر بسببها إلى بيع المتجر، يستطيع أن يبيع هذا المحل أو المصنع بشرط أن يستعلم من مالك العقار عما إذا كان يرغب فى أن

---

(١٩) انظر نقض مدنى فى ١٩٧٨/٢/١٢ مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٩، ص ٥٥٨ ونقض مدنى فى ١٩٧٨/١٢/٦، نفس المجموعة، ص ١٨٥٩، نقض مدنى فى ١٩٨١/١/٣ طعن رقم ١٠٧ لسنة ٥٠ ق مجله ادارة قضايا الحكومة، ابريل - يونيو ١٩٨١ ص ١٥٧، وانظر نقض مدنى في ١٩٨٣/٢/١٤ الطعن رقم ٨٥٤ لسنة ٤٨ق، مجلة خريجى حقوق الاسكندرية، ابريل ١٩٨٥، ص ١٢٩ حيث قضت بأنه لا محل لاعمال هذا النص فى حالة تأجير الجدك من الباطن. وانظر نقض فى ١٩٨٣/٤/٧، الطعن رقم ١٤٥٨ لسنة ٥٢ق، نفس المجلة، ص ١٣٢ وأيضا حكمها فى ١٩٨٣/٤/٢٨ الطعن رقم ١٨ لسنة ٤٧ق، نفس المجلة ص ١٣٦، ١٣٧.

يشترى هو المتجر أو المصنع بنصف الثمن المعروض على المستأجر، بعد خصم قيمة المنقولات التى بالعين، فإذا لم يكن المالك راغبا فى الشراء فإن المستأجر يستطيع أن يبيع للمشترى الذى تقدم للشراء بشرط أن يعطى المالك ٥٠٪ من ثمن البيع أو مقابل التنازل، بعد خصم قيمة المنقولات التى بالعين.

وقد جاءت الفقرة الثانية من المادة ٢٠ لتبين الإجراءات الواجبة الاتباع فى هذه الحالة. لكن الذى يهمنا فى هذا الصدد هو أن بيع المحل التجارى أو المصنع لابد، وأن يتضمن تنازلا عن الإيجار. وعلى ذلك فإن القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ يجيز فى مادته ٢٠ التنازل عن عقد الايجار فى حالة بيع المحل التجارى أو المصنع، بمعنى أن المشترى (المتنازل له) سيحل محل البائع (المتنازل) فيما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات، وذلك إذا ما توافرت الشروط الواردة فى النص.

ثانيا: حالات التنازل فى قانون الايجار:

١ - بقاء عقود الايجار بالرغم من التصرف فى العقار المؤجر:

تنص المادة ٦٠٤ من القانون المدنى على أنه «١- إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختيارا أو جبرا إلى شخص آخر، فلا يكون الإيجار نافذا فى حق هذا الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذى نقل الملكية» «٢- ومع ذلك يجوز لمن انتقلت اليه الملكية أن يتمسك بعقد الايجار ولو كان هذا العقد غير نافذ فى حقه».

ثم جاء القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر لينص فى المادة ٣٠ منه على أنه «استثناء من حكم المادة ٦٠٤ من القانون المدنى تسرى عقود الايجار

القائمة على المالك الجديد للعقار ولو لم يكن لسند الإيجار تاريخ ثابت بوجه رسمى سابق على تاريخ انتقال الملكية».

وليس هناك معنى لهذه النصوص إلا إذا كان هناك تنازل عن عقد الايجار من المالك القديم إلى المالك الجديد قد فرضه القانون، وذلك لأن نفس عقد الإيجار بما يرتبه من حقوق والتزامات هو الذى يستمر ويحكم العلاقة فيما بين المالك الجديد والمستأجر[٢٠].

وهذا يعتبر مثل واضح للتنازل القانونى عن العقد. فالتنازل هنا قد فرضه القانون، حيث إن التصرف فى العقار المؤجر لايترتب عليه إنهاء عقود الايجار، وإنما القانون يفرض بقاء هذه العقود مع المتصرف إليه، المالك الجديد، ومن ثم فإن التنازل عن العقود قد فرض على المؤجر والمستأجرين، ولا يملك المتصرف اليه استبعاد هذا التنازل. وعلى إثر هذا التنازل القانونى يصبح طرفا عقد الإيجار، المالك الجديد والمستأجر، ودون تغيير فى بنود العقد.

ويلاحظ هنا أن التنازل لم يكن موضوعا مباشرا للاتفاق، وإنما فرض بالتبعية لتصرف آخر، كما أن التنازل عن العقد لم يكن من التوابع الضرورية لبيع العقار المؤجر وإنما فرضه القانون لتحقيق نوع من استقرار الروابط العقدية بالنسبة للمستأجرين. وحسب التعبير المستعمل فى القانون الايطالى، فإن المركز التعاقدى لم ينتقل نتيجة اتفاق الطرفين، وإنما تم بقوة القانون.

---

(٢٠) نجد أن معظم التشريعات تعرف تنظيما مشابه، أنظر نص المادة ١٧٤٣ مدنى فرنسى، والمادة ٥٧١ من التقنين المدنى الألمانى، والمادة ٢٥٩ من تقنين الالتزامات السويسرى. وانظر فى التطور التاريخى لهذا النص السنهورى، الوسيط، جزء٦، ١٩٦٣، فقرة ٤٣٦ وما بعدها ص ٦٣٣ وما بعدها.

٢ - تبادل الوحدات السكنية بين مستأجر وآخر:

تنص المادة ٣/٧ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ السابق الإشارة إليه، على أنه «فى البلد الواحد يجوز تبادل الوحدات السكنية بين مستأجر وآخر وذلك فى البلاد وبين الاحياء وطبقا للحالات ووفقا للقواعد والشروط والإجراءات والضمانات التى يحددها قرار من وزير الاسكان والتعمير»[(٢١)].

وقد أوردت اللائحة التنفيذية الحالات التى يجوز فيها تبادل الوحدات السكنية بالتطبيق للفقرة الأخيرة من المادة ٧ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧، فنصت المادة ٣ من هذه اللائحة على الحالات الآتية:

أولا: بعد موقع العمل الأصلى لكل من المستأجرين راغبى التبادل عن محل إقامته على نحو يترتب عليه إذا ما تم التبادل بينهما توفير الوقت والتخفيف من استعمال وسائل المواصلات.

ثانيا: مقتضيات الحالة الصحية لأىّ من المستأجرين راغبى التبادل أو كليهما إذا كانت تستلزم انتقاله إلى مسكن آخر أكثر ملاءمة لظروفه الصحية.

ولا تثبت هذه الحالة إلا بتقرير قاطع من اثنين من الأطباء المتخصصين يتضمن بيانا تفصيليا بالحالة الصحية للمستأجر، وما تقتضيه من تغيير لمسكنه بسببها.

ثالثا: تغير الظروف الاجتماعية للمستأجرين الراغبين فى التبادل أو لأحدهما مثل: تغيير حجم الأسرة ما يترتب عليه من ضيق أو اتساع فى المسكن الذى تشغله.

ويكون التبادل فى الحالة المبينة فى أولا وفيما بين مدن كل إقليم من

---

(٢١) قارن نص المادة ٧٩ من قانون أول سبتمبر ١٩٤٨ فى فرنسا
Vo. P. Raynaud, Cours D. E. A. Précité p: 95 et 5.
وقد حكمت المحكمة الدستورية العليا فى ١٩٧٧/١٠/٤ بعدم دستورية هذا النص (القضية رقم ٧ لسنة ١٩ قضائية دستورية، الجريدة الرسمية، العدد ٤٢ فى ١٦ أكتوبر ١٩٩٧.

الأقاليم الصادر بها قرار رئيس الجمهورية رقم ٤٩٥ لسنة ١٩٧٧. ويكون التبادل فى الحالتين المذكورتين فى ثانيا وثالثا فى عواصم المحافظات وغيرها من البلاد التى تسرى فيها أحكام الباب الأول من القانون المشار إليه سواء فى عقار واحد أو بين عقار وآخر داخل البلد الواحد.

ويشترط فى جميع الأحوال الإجراء التبادل:

١- وفاء كلّ من المستأجرين الراغبين فى التبادل بجميع التزاماته المالية الناشئة عن عقد الايجار قبل البدء فى اجراءات التبادل.

٢- يشترط أن يكون قد انقضى على إقامة كل من المستأجرين فى سكنه سنة كاملة على الأقل سابقة على البدء فى تلك الإجراءات وذلك فى غير حالة التبادل بسبب مقتضيات الحالة الصحية.

ويبقى المستأجران ضامنين متضامنين كل منهما للآخر فى جميع الالتزامات المالية الناشئة عن عقد الايجار فى مواجهة الملاك لمدة سنتين من تاريخ اتمام التبادل (م٤).

وتبدأ الإجراءات بأن يحرر المستأجران راغبا التبادل خمس نسخ من النموذج الخاص بذلك والمرفق بهذه اللائحة، ويخطر المستأجران كلا من ملاك العقارين المراد التبادل فيهما بنسخة من هذ النموذج موقع عليه منهما ومرفق به المستندات الدالة على صحة ما يتضمنه من بيانات وذلك بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول، وعلى كل من الملاك خلال ثلاثين يوما من تاريخ إخطاره برغبة المستأجرين ابلاغهما بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول برأيه فى طلباتهم، ويعتبر انقضاء هذه المدة دون رد من المالك بمثابة رفض منه للتبادل (م٥).

وتبادل الوحدات السكنية يتضمن بالضرورة تنازل كل من المستأجرين راغبى التبادل عن عقد الإيجار الخاص به للمستأجر الآخر وذلك

بعد رضاء الملاك أو صدور حكم من القضاء بالتبادل ويخطر كل منهما الملاك بذلك بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول ويلتزم كل من الملاك خلال خمسة أيام من تاريخ اخطاره بهذا التنازل **بتسليم عقد إيجار محرر منه للمستأجر والذى تم التنازل اليه بذات شروط عقد المستأجر المتنازل** (م٦).

فإذا ما توافرت الشروط اللازمة للتبادل ورفض بعض الملاك أو كلهم صراحة أو ضمنا اجرائه، يقوم الحكم الصادر لصالح المستأجرين مقام العقد اللازم لإثبات التبادل طبقا لأحكام المادة السابقة (م٧).

ونجد أن هذا التنظيم القانونى للتنازل عن العقد يتميز بعدة مزايا:

١- قد حدد القانون نطاق هذا التنازل ومقتضياته.

٢- قد نص هذا التنظيم صراحة على أن يبقى المستأجران ضامنين متضامنين كل منهما للآخر فى جميع الالتزامات المالية الناشئة عن عقد الايجار فى مواجهة المتنازل لديهم (الملاك) ولمدة سنتين من تاريخ اتمام التبادل. لكن مازال التساؤل قائما حول طبيعة هذا الضمان، فهل يعتبر المستأجران مدينين متضامنين؟ أم أن يكون كل منهما كفيلا متضامنا للآخر؟؟ أم أن يكون هناك التزام بالضمان على عاتق كل منهما؟

٣- بيان الإجراءات الواجبة الاتباع لإجراء التبادل. مع ملاحظة أن عقد التبادل عقد رضائى، وبالتالى عدم إفراغه فى النموذج الخاص لايترتب عليه بطلان هذا العقد[٢٢].

٤- إن جعل رضاء المالك **شرط لقيام التنازل** وليس مجرد شرط لنفاذه.

---

(٢٢) انظر نقض مدنى الطعن رقم ٣٧٥ لسنة ٥١ جلسة ١٩٨٢/٤/٢٨ منشور فى مجلة خريجى حقوق الاسكندرية، ابريل ١٩٨٥، ص ١٢٠.

وفى نفس الوقت وضع الضمانات لعدم تعسف الملاك فى استعمال حقهم فـى الموافـقـة علـى التنازل، وذلك بأن جـعل حكم القـاضى لصـالح المستأجـرين يقـوم مـقـام العـقـد الـلازم لاثبـات التبـادل، وقيـام التنـازل، وذلك فى حالة ما إذا توافرت الشروط اللازمة للتبادل ورفض مع ذلك، بعض الملاك أو كلهم صراحة أو ضـمنا، اجرائه، أى عدم رضائهم بالتنازل.

٥- التأكيد على أهم مزايا التنازل وهو بقاء العقد المتنازل عنه بنفس شروطه دون أدنى تغيير.

٣- انتقال عقد الايجار إلى من يقيم مع المستأجر عند وفاته أو تركه للعين:

المبـدأ فـى القـانـون المدنى أنه «لا ينتـهى الإيجار بموت المؤجـر ولا بمـوت المستأجـر، ما لـم يطـلب ورثـة المستأجـر إنهـاء العقد» (م ٦٠١ مدنى). وإذا لـم يعقـد الايجار بسبب حرفة المستأجر أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ثم مات، جاز لورثته أو للمؤجر أن يطلبوا أنهاء العقد» (م ٦٠٢ مدنى).

وواضح أن هذا المبدأ يتفق مع المبادئ العامة فى القانون المدنى. فمن ناحية، نجد أن أثر العقد ينصرف إلى المتعاقدين والخلف العام، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، وما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعاقد أو من نص القـانون أن هذا الأثر لا ينصـرف إلى الخلف العـام (م ١٤٥ مدنى) وعلى ذلك فإن أثر عقود السلف تنصرف إلى الخلف العام، فتنتقل اليهم بوفاة السلف حقوقه والتزاماته. فالخلف العام ليس من الغير بالنسبة لعقود سلفه. ومن ناحية أخرى، نجد أن قاعدة انتقال الحقوق والالتزامات إلـى الخلـف العـام ليـست قـاعـدة مطلقـة، بـل ترد عليـهـا عـدة

استثناءات، منها أن العقود التى يكون لشخص العاقد فيها اعتبار خاص لاتنصرف آثارها إلى ورثته (مثل الوكالة م ٧١٤ مدنى، والشركة م ١/٥٢٨ مدنى)[٢٣].

ولكن الجديد هو ما جاء فى نص المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، حيث أنها تنص على أنه «مع عدم الاخلال بحكم المادة (٨) من هذا القانون، لا ينتهى عقد ايجار المسكن بوفاة المستأجر أو تركه العين إذا بقى فيها زوجة أو أولاده أو أى من والديه الذين كانوا يقيمون معه حتى الوفاة أو الترك وفيما عدا هؤلاء من أقارب المستأجر نسب أو مصاهرة حتى الدرجة الثالثة يشترط لاستمرار عقد الايجار اقامتهم فى المسكن مدة سنة على الأقل سابقة على وفاة المستأجر أو تركه العين أو مدة شغله للمسكن أيهما أقل»[٢٤].

«فى جميع الأحوال يلتزم المؤجر بتحرير عقد ايجار لمن لهم حق فى الاستمرار فى شغل العين ويلتزم هؤلاء الشاغلون بطريقة التضامن بكافة أحكام العقد».

«فإذا كانت العين مؤجرة لمزاولة نشاط تجارى أو صناعى أو مهنى أو

---

(٢٣) انظر فى تطبيق هذه المبادئ بطريقة مفصلة حكم محكمة النقض فى ١٩٧٩/٦/١٦ مجموعة أحكام محكمة النقض، السنة ٣٠ العدد ٢ ص ٦٥٢، وقارن حكمها فى ١٩٧٩/٤/٧، نفس المجموعة ص ٥٥.

(٢٤) وهذا النص يقابل نص المادة ٢١ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩. مع بعض التعديل فى الصياغة، وذلك لحسم ما ثار من خلاف حول الصياغة السابقة. وانظر تفسير محكمة النقض للنص السابق حكمها فى ١٩٧٩/٤/٤، مجموعة أحكام محكمة النقض، السنة ٣٠ العدد ٢ ص٢١، وانظر فى تفسير النص الحالى نقض مدنى الطعن رقم ٦٣٨ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/١/١٧ مجلة خريجى حقوق الاسكندرية ابريل ١٩٧٩ ص ٩٨

حرفى فلا ينتهى العقد بوفاة المستأجر أو تركه العين ويستمر لصالح ورثته وشركاته فى استعمال العين بحسب الأحوال».

وهذا النص يجب القواعد العامة الواردة فى القانون المدنى، ويتجاوزها بكثير من حيث الأحكام الجديدة الواردة فى هذا الصدد. وهذه الأحكام الجديدة جاءت لتستجيب لظروف وأوضاع جديدة خاصة فى ظل أزمة الاسكان المستحكمة فى الوقت الراهن. ولذلك فإن هذه الأحكام تعتبر ذات صفة استثنائية، أى لا تتفق مع الأصول العامة فى القانون المدنى. ولتفصيل ذلك، ننظر إلى المادة ١/٢٩ نجدها تعرض لحالتين:

الحالة الأولى: حالة وفاة المستأجر. وهذه الحالة تتفق مع القواعد العامة من ناحية، وتختلف عنها من ناحية أخرى، ولذلك يجب أن تفرق بين فرضين:

الفرض الأول: حالة وفاة المستأجر ووجود زوجه أو أولاده أو أى من والديه. فى هذه الفرض فإن عقد الايجار لا ينتهى بموت المؤجر ولا بموت المستأجر، ما لم يطلب ذلك ورثة المستأجر» (م ٦٠١ مدنى) وقد رأينا أن هذا الحكم يتفق والمبادئ العامة فى القانون المدنى والخاصة بالخلافة العامة. حيث إن أثر عقود السلف تنصرف إلى الخلف العام، فتنتقل إليهم بوفاة السلف حقوقه والتزاماته. وأن الخلف العام لا يعتبر من الغير بالنسبة لعقود سلفة. ولا يشترط بالنسبة لهم أى شرط سوى أنهم كانوا يقيمون مع المستأجر الأصلى وقت وفاته. وليستفيد الزوج من هذا الحكم وذلك إذا كان عقد الايجار باسم الزوجة المتوفية. وقصر المشرع انتقال العقد على من قيم مع المستأجر وقت وفاته أمر قد فرضته الاعتبارات العلمية واعتبارات العدالة. فمن ناحية أراد المشرع أن يحول دون التنازع بين من يقيمون ومن لا يقيمون من الخلف العام. ومن ناحية ثانية أن هذا الشرط يتفق والسياسية التشريعية من حيث تحقيق الاستقرار للروابط العقدية، وخاصة فى ظل أزمة الاسكان الحالية.

الفرض الثانى: حالة وفاة المستأجر ووجود ما عدا هؤلاء من أقاربه نسبا أو مصاهرة حتى الدرجة الثالثة. وفى هذا الفرض لا ينتهى عقد ايجار المسكن بوفاة المستأجر. وهذا حكم جديد، خلافا للقواعد العامة. وهذا النص يفرض التنازل عن عقد الايجار لصالح هؤلاء الاشخاص. وهذا التنازل يعتبر تنازلا قانونيا، لأن المشرع هو الذى فرضه على المؤجر (المتنازل لديه). وتشمل هذه الطائفة من الأقارب الأخوة والأخوات لأى من الزوجين الذى يعتبرون أقارب من الدرجة الثانية للمستأجر، والأعمام والعمات والأخوال والخالات وأولاد الأخوة والأخوات الذين يعتبرون أقارب من الدرجة الثالثة. وتستفيد هذه الطائفة من هذا التنازل.

ويشترط لكى يتم التنازل عن العقد بقوة القانون، اقامة أى من أشخاص هذه الطائفة مع المستأجر الأصلى اقامة معتادة لمدة سنة على الأقل قبل الوفاة. فإذا قلت مدة شغل المستأجر الأصلى للعقار المؤجر عن سنة فيشترط الاقامة طوال هذه المدة على الأقل. كما يشترط أيضا أن تكون هذه الاقامة مستقرة، دون أن تشترط الاقامة الفعلية لحظة الوفاة[(٢٥)]، وعلى ذلك فالانقطاع عن الإقامة لسبب عارض - كالإعارة للخارج - لا يفيد

---

(٢٥) انظر حكم النقض فى ١٩٧٨/١٢/٢٠ ومجموعة أحكام النقض، السنة ٢٩ ص ١٩٨٣ «ولما كان نص المادة ٢١ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بشأن ايجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين المنطبق على واقعة الدعوى - قد أطلق القول فى صدد انتقال حقوق المستأجر الى سائر الأقارب حتى الدرجة الثالثة من غير زوجة أو أولاده أو ولديه بشرط اقامتهم معه بصفة مستمرة مدة سنة على الأقل سابقة على وفاته أو مدة شغله السكن أيهما أقل ..... فإن القرابة المعنية بالفقرة الثانية. بالمادة آنفة الذكر تشمل قرابة النسب وقرابة المصاهرة بحيث يعتبر أقارب أحد الزوجين فى نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر وفق المادة ٣٧ من القانون المدنى.......» وهذا ما أوضحه نص المادة ٢٩ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧.
وقد حكمت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية م ٢٩ فيما نصت عليه من إستمرار عقد إيجار المسكن عند ترك المستأجر الأصلى لصالح أقاربه، بالمصاهرة حتى الدرجة الثالثة فى ١٩٨٧/٢/٧، وكذلك حكمت بعدم دستورية هذا النص فيما يتعلق بما تضمنه من استمرار عقد إيجار المسكن عند وفاة المستأجر الأصلى الصالح أقاربه بالمصاهرة حتى الدرجة الثالثة فى ١٩٩٧/١/٤، وكذلك فيما يتعلق بأقازبه نسبا حتى الدرجة الثالثة فى ١٩٩٧/٨/٢.

انهاؤها[٢٦]، ولا يلزم أيضا أن يكون المستأجر الأصلى ذاته مقيما اقامة فعلية بالعين المؤجرة، وإنما يكفى أن تكون العين فى حوزته وتحت إمرته بحيث يستطيع أن يقرر من يقيم فيها من أقاربه[٢٧]. لكن يشترط أن يكون عقد الإيجار قائما وقت الوفاة أو الترك. «فإذا كان زوج الطاعنة قد اتفق مع المطعون عليها - المؤجرة - على إنهاء العقد، وأعقب ذلك طلاقه لها، فإن هذا الانهاء وقد صدر منه بصفته الطرف الأصيل فى العقد، يسرى فى حق الطاعنة - الزوجة - وليس لها من سند للبقاء فى العين» .... وذلك لأن الترك الذى يجيز لهؤلاء المقيمين مع المستأجر البقاء فى العين المؤجرة وبالامتداد القانونى للعقد، فى مفهوم المادة ١/٢٩، هو الترك الفعلى من جانب المستأجر مع بقاء من كانوا يقيمون معه وقت حصول الترك بشرط استمرار عقد ايجاره مع المؤجر قائما»[٢٨].

الحالة الثانية: ترك المستأجر للعين. وهذه الحالة تمثل حكما جديدا جاءت به قوانين الإيجار المتعاقبة. ويجب أن نفرق فى صدده بين فرضين:

الفرض الأول: ترك المستأجر للعين مع بقاء زوجته فيها، أو أولاده أو أى من والديه الذين كانوا يقيمون معه حتى الترك. وفى هذا الفرض لاينتهى

---

(٢٦) أنظر نقض مدنى فى ١٩٨١/٣/٧ الطعن رقم ٤٢٢ لسنة ٥٠ق مجلة خريجى حقوق الاسكندرية ابريل ١٩٨٥ ص ١٠٠.

(٢٧) انظر نقض مدنى فى ١٩٨٠/٣/٢٦ الطعن رقم ٤٦٩ لسنة ٤٩ ق مجلة القضاة يناير - ابريل ١٩٨١ ص ٢٨٩ «... ويكفى لترتيب هذا الأثر أن يكون من شرع امتداد العقد لصالحه قد أقام فى العين المؤجرة ولو فترة وجيزة وظل بها حتى وفاة المستأجر أو تركه العين دون حاجة لاشتراط الاقامة المشتركة بينهما لأن المستأجر طالما تسلم العين المؤجرة فإنها تكون فى حوزته ويحق له أن يشغلها بنفسه أو زوجه أو أولاد أو والديه، فإذا أسكنهم فيها فإنهم يعتبرون من المقيمون معه ولو لم يشاركهم الاقامة بالفعل».

(٢٨) أنظر نقض مدنى فى ١٩٨١/١/١٧ الطعن رقم ٦٣٨ لسنة ٥٠ق، مجلة خريجى حقوق الاسكندرية، ابريل ١٩٨٥، ص ٩٨. لكن لايشترط ثبوت الزوجية بوثيقة رسمية، نقض مدنى الطعن رقم ١٥٣٥ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/٥/١٩ نفس المجلة ص ١٢١.

عقد الإيجار بترك المستأجر للعين، وإنما ينتقل إلى هؤلاء عقد الايجار بقوة القانون. وهذا يعتبر أيضا من قبيل التنازل القانونى الذى فرضه النص. فنفس العقد بشروطه يحكم العلاقة فيما بين الزوجة أو الأولاد أو أى من الوالدين والمؤجر. كما أن المؤجر لا يستطيع أن يرفض ذلك، حيث إن التنازل قد فرض عليه بقوة القانون. ولا يشترط لكى يقع التنازل لهم سوى الإقامة مع المستأجر الأصلى وقت الترك ودون اشتراط أى مدة دنيا لهذه الاقامة المعتادة.

الفرض الثانى: ترك المستأجر للعين وبقى فيها فيما عدا هؤلاء من أقاربه نسبا أو مصاهرة حتى الدرجة الثالثة. وفى هذا الفرض لا ينتهى عقد الإيجار بترك المستأجر للعين. وإنما ينتقل العقد بحقوقه والتزاماته إلى من يقيم معه من أقاربه إلى الدرجة الثالثة. ولكن يشترط حتى يتم هذا الانتقال أن تكون اقامته فى المسكن مدة سنة على الأقل سابقة على ترك المستأجر العين أو مدة شغله للمسكن أيهما أقل. وهذه أيضا حالة من حالات التنازل عن العقد بقوة القانون.

وفى جميع الأحوال يشترط لكى يتم التنازل بقوة القانون للأشخاص المذكورين فى النص ألا يكون للمتنازل له مساكن أخرى بنفس المدينة، وذلك طبقا لنص المادة ٨ والذى تشير اليه الفقرة الأولى من المادة ٢٩، حيث أن هذا النص يحظر على الشخص أن يحجز فى البلد الواحد أكثر من مسكن دون مقتضى (وقد حكم بعدم دستورية هذا النص فى ١٩٩٧/١١/١٥).

– وواضح إذن أنه يوجد فى جميع الفروض تنازل عن عقد الايجار بقوة القانون، **فيما عدا الفرض الأول** من حالة وفاة المستأجر، أى بقاء الزوجة أو الأولاد أو أى من والديه فى العين. المؤجرة عند وفاة المستأجر، فهذا تطبيق للخلافة العامة طبقا للمبادئ العامة فى القانون المدنى، ولذلك لا يشترط بصددها أى شروط سوى الإقامة مع المستأجر الزصلى وقت وفاته أما

الفروض الأخرى نجد أن القانون قد فرض التنازل على المؤجر، ومن ثم يتم هذا التنازل عن العقد، متى توافرت شروطه، بقوة القانون. ويحكم نفس العقد العلاقة فيما بين المؤجر ومن بقى فى العين المؤجرة ممن ذكرهم النص من الاقرباء دون تمييز.

ولذلك لا نتفق مع ما يذهب إليه البعض(٢٩) من أن هذا النص يعتبر من حالات الامتداد. حيث إن الامتداد يعنى أن المؤجر لا يستطيع إخراج المستأجر من المكان المؤجر له ولو بعد انتهاء مدة الايجار بل يبقى شاغلا له مادام موفيا بالتزاماته على النحو الذى فرضه عقد الايجار وأحكام القانون. وذلك لأن تشريعات الإيجار المتعاقبة قد قيدت فى شأن إيجار الأماكن الخاضعة لأحكامها نصوص القانون المدنى المتعلقة بانتهاء مدة الإيجار، وجعلت عقود ايجار تلك الأماكن ممتدة تلقائيا وبحكم القانون إلى مدة غير محددة بالنسبة للمؤجر والمستأجر على السواء طالما بقيت سارية تلك التشريعات الخاصة والتى أملتها اعتبارات النظام العام وحماية المستأجر وحلا لأزمة الإسكان، ما لم يرغب المستأجر فى ترك المكان المؤجر مراعيا فى ذلك مواعيد التنبيه بالإخلاء أو إذا أخل بالتزاماته القانونية مما يحق للمؤجر أن يتخذ الإجراءات التى رسمها القانون لإنهاء العقد، ووضع حداً لامتداده لأحد الأسباب التى حددتها تلك التشريعات(٣٠).

هذا هو المفهوم الحقيقى للامتداد القانونى لعقد الإيجار، أى أن العقد بنفس أطرافه وبنفس ما ينشأ عنه من حقوق والتزامات يمتد امتدادا قانونيا بعد انتهاء مدة الإيجار – أما ما نحن بصدده فى الفروض السابقة فهو انتقال لعقد الإيجار بقوة القانون إلى من بقى فى العين المؤجرة، ممن ورد ذكرهم

---

(٢٩) برهام عطا الله، الوسيط فى قانون ايجار الأماكن، ١٩٨٢، ص ٢٧٨ وما بعدها.

(٣٠) أنظر نقض مدنى فى ١٩٧٣/٣/٢٧ مجموعة أحكام محكمة النقض. السنة ٢٤ ص ٤٩٠.

فى النص، عند وفاة المستأجر أو تركه العين متى توافرت الشروط المنصوص عليها[٣١]. فالوفاة أو الترك لا يضع حدا لعقد الإيجار وإنما يستمر العقد، ولكى يستمر فلابد أن ينتقل إلى شخص آخر يحل محل المستأجر فيما له من حقوق وما عليه من التزامات. وعلى ذلك فعدم انتهاء عقد الإيجار بالوفاة أو الترك، واستمرار العقد يستلزم بالضرورة انتقال العقد، وهذا هو التنازل القانونى. فالامتداد وإن كان يفيد الاستمرار إلا أنه لا يفيد تغيير الأشخاص، وذلك على العكس من التنازل فإنه يفيد الاستمرار وتغير أحد أطراف العقد عن طريق انتقال العقد إلى من حل محل الطرف الذى خرج من العلاقة التعاقدية القائمة.

ومما يؤكد هذا المعنى، أن الامتداد القانونى للعقد والتنازل عن العقد بقوة القانون يمكن أن يجتمعان. فمثلا إذا حدثت وفاة المستأجر أو تركه العين قبل انتهاء مدة الإيجار فإن العقد ينتقل بقوة القانون، متى توافرت شروطه، إلى من بقى فى العين المؤجرة، ممن ورد ذكرهم فى النص عند الوفاة أو الترك. فإذا ما وصل بعد ذلك العقد إلى أجله المضروب، فإنه يمتد إمتدادا قانونيا، أى نفس العقد، بنفس أطرافه يبقى ساريا منظما للعلاقة بين المستأجر (المتنازل له) وبين المؤجر (المتنازل لديه) دون أن يملك هذا الأخير أن يرفض لا التنازل ولا الامتداد حيث أن كليهما يتم تلقائيا وبحكم القانون متى توافرت شروطه. وعلى ذلك يجب ألا نخلط بينهما حيث إنه لايغنى أحدهما عن الآخر[٣٢].

كما يجب أن نلاحظ أن التزام المؤجر بتحرير عقد إيجار لمن لهم حق

---

(٣١) قارن نقض مدنى فى ١٩٧٨/١٢/٢٠، مجموعة أحكام النض، السنة ٢٩، ص ١٩٨٣ والسابق الاشارة إليه.

(٣٢) قارن حكم محكمة النقض فى ١٩٧٨/١/٢٥، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٩ ص ٣٢٧.

فى الاستمرار فى شغل العين، ليس إلا ترجمة للتنازل بقوة القانون، فى الواقع، وخاصة لما يترتب عليه من فوائد عملية، كطلب الحصول على بعض الخدمات، كالتليفون والتلكس، أو النور والمياه وغير ذلك مما يستلزم عادة صورة من العقد لإثبات العلاقة التعاقدية. كما أنه يقطع دابر المنازعات المتعلقة حول صفة من كانوا يقيمون فعلا مع المستأجر وقت الوفاة أو ترك العين وخاصة بعد أن يتقادم العهد. وهذا الالتزام ليس له قيمة فى ذاته، وإنما هو أثر من آثار التنازل. كما يتضح مما سبق، أن هذا التكييف، التنازل عن عقد الإيجار بقوة القانون، يتفق مع الواقع والحقيقة، حيث أن نفس العقد، وبما يرتبه من التزامات وما ينشئه من حقوق، هو الذى يحكم العلاقة القائمة بين المؤجر (المتنازل لديه) ومن بقى فى العين (المتنازل له) عند وفاة المستأجر أو تركه للعين. كما أن هذه الحالة لاتختلف كثيرا عن حالة التنازل بقوة القانون عن عقود الإيجار فى حالة التصرف فى العقار المؤجر المحمل بها. حيث أنه على أثر هذا التصرف يحل المالك الجديد محل المالك القديم فى عقود الإيجار القائمة. فبالمثل على إثر وفاة المستأجر أو تركه للعين يحل من بقى ممن ورد ذكرهم فى النص محل المستأجر فى العقد القائم. وهذه أيضا صورة من صور التنازل القانونى.

وقد جاءت المادة ٢٩ فى فقرتها الأخيرة أيضا بحكم جديد، يخالف القواعد العامة فى التنازل، اذ نصت على التزام الشاغلون (المتنازل لهم) بطريق التضامن بكافة أحكام العقد.

٤ - حالة وفاة المستأجر أو تركه لعين مؤجرة لمزاولة نشاط تجارى أو صناعى أو مهنى أو حرفى. (حكم بعدم دستورية هذه الفقرة فى ١٩٩٧/٢/٢٢) فى هذه الحالة يجب أن نفرق بين فرضين:

الفرض الأول: وفاة المستأجر لهذه العين وتركه ورثة فى هذا الفرض فإن عقد الإيجار لاينتهى (طبقا لنص المادة ٦٠٢ مدنى) ويجوز فقط للورثة إنهاء العقد وذلك دون أن يملك المؤجر ذلك. وعلى ذلك فإن الورثة يخلفون سلفهم فيما يترتب على هذا العقد من حقوق وما ينشأ عنه من التزامات

طبقا للقواعد العامة للخلافة. ولا يشترط أن يكون الوارث ممارسا لنفس نشاط المستأجر الأصلى أى نشاط السلف. وإذا كان المستأجر شريكا فى شركة فإن العلاقة بين ورثته وبين الشركاء تخضع لاتفاق المشاركة الذى كان قائما بين المستأجر الأصلى وشركائه.

الفرض الثاني: ترك المستأجر لهذه العين مع وجود من يعتبر من ورثته، لو فرض وفاته، أو شركاء. فى هذا الفرض، وهذا حكم جديد لم يرد فى القواعد العامة، فإن عقد الإيجار لا ينتهى بترك المستأجر للعين وإنما يتم التنازل بقوة القانون أما لصالح من يعتبر من الورثة لو فرض وفاته، وإما لصالح الشركاء. فإذا ترك المستأجر، فى حالة المشروع الفردى، العين المؤجرة لمزاولة النشاط التجارى أو الصناعى أو المهنى أو الحرفى، لأى سبب من الأسباب، وكان هناك من يعتبر من الورثة لو فرض وفاته يعمل معه ينتقل بقوة القانون إلى من يعتبر من ورثته لو فرض وفاته والذى كان يباشر معه النشاط. ولذلك نحن نعتقد أنه يشترط، وعلى سبيل القياس على نص الفقرة الأولى من نفس المادة، أن يكون هذا الشخص يمارس النشاط المعتاد مع المستأجر الاصلى إلى يوم الترك(٣٣).

وقد يترك المستأجر الأصلى، فى حالة وجود شركة، العين المؤجرة لمزاولة النشاط التجارى أو الصناعى أو المهنى أو الحرفى، فهل يعنى أن ترك المستأجر الأصلى للعين المؤجرة يترتب عليه انتهاء عقد الإيجار، وبالتالى انتهاء الشركة؟ فالمشرع لم يرد هذه النتيجة ونص على أن يتم التنازل عن عقد الإيجار بقوة القانون لصالح شركائه. (حكم بعدم دستورية هذه الجزئية فى ١٩٩٦/٧/٦) وفى جميع الأحوال فإن المتنازل لهم يكونون متضامنين فى

---

(٣٣) وبالرغم من غموض النص الا أننا نفضل هذا لتفسير لأنه يقابل فروض عملية كثيرة. كما أن هذا التفسير يتسق مع الفقرة الأولى من نفس المادة، بالاضافة إلى أنه يتسق مع فلسفة المشرع فى هذا النص بصفة عامة، وهى تحقيق الاستقرار للروابط العقدية، انظر حول هذا التساؤل برهام عطا الله، المرجع السابق، ص ٢٩٩، ٣٠٠ هامش (١).

تنفيذ عقد الإيجار المتنازل عنه.

وقد تناولت أحكام هذه الحالة الفقرة الثانية من المادة ٢٩ بنصها على أنه «فإذا كانت العين مؤجرة لمزاولة نشاط تجارى أو صناعى أو مهنى أو حرفى فلا ينتهى العقد بوفاة المستأجر أو تركه العين ويستمر لصالح ورثته وشركائه فى استعمال العين بحسب الأحوال».

وهذه الفقرة تتفق فى شق منها مع القواعد العامة الواردة فى القانون المدنى فى المادة ٦٠٢ وتختلف فى الشق الثانى. وسبق أن رأينا أن المادة ٦٠٢ مدنى تنص على أنه «اذا لم يعقد الإيجار لا بسبب حرفة المستأجر أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ثم مات، جاز لورثته أو للمؤجر أن يطلبوا أنهاء العقد» وقد فسرت محكمة النقض المصرية هذا النص على خلاف ما يبدو فى ظاهرة وما يتبادر للذهن فقضت بأنه فى حالة انعقاد الإيجار بسبب حرفة المستأجر فإن الورثة فقط هم الذين يستطيعون انهاء العقد بعكس حالة ما إذا كان العقد قد عقد لاعتبارات تتعلق بشخص المستأجر فهنا يستطيع كل من المؤجر والورثة طلب انهاء العقد[٣٤].

وعلى ذلك نحن نرى أن التحليل الدقيق لنص المادة ٢٩ سواء فى فقرتها الأولى أو الثانية يكشف لنا عن فروض فيها يكون التكييف القانونى الصحيح هو التنازل عن عقد الإيجار بقوة القانون، حيث أنه فى هذه الفروض يكون هناك انتقال، لنفس العقد، إلى شخص أو أشخاص آخرين غير المستأجر الأصلى (المتنازل). وحيث يكون هناك انتقال للعقد وحلول فى المركز العقدى، سواء بما يرتبه من حقوق والتزامات، فإنه يكون هناك تنازل عن العقد كما سوف نرى.

---

(٣٤) حكم محكمة النقض فى ٧٧/١٠/٢٦، مجموعة أحكام محكمة النقض، سنة ٢٨، ص ١٥٧٣. وقد تم تعديل الفقرة الثانية من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ بالنص فى مادة الأولى على أن «يستبدل بنص الفقرة الثانية من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر النص الآتى: «فاذا كانت العين مؤجرة لمزاولة نشاط تجارى أو صناعى أو مهنى أو حرفى، فلا ينتهى العقد بموت المستأجر ويستمر لصالح الذين يستعملون العين من ورثته فى ذات النشاط الذى كان يمارسه المستأجر الأصلى طبقا للعقد أزواجا وأقارب حتى الدرجة الثانية، ذكوراً وإناثا من قصر وبلغ، يستوى فى ذلك أن الاستعمال بالذات أو ==

٥- انتقال عقد الإيجار إلى المساكنين للمستأجر الأصلى منذ بدء الاجارة وذلك عند وفاته أو تركه للعين:

اتجهت محكمة النقض فى أحكامها الحديثة إلى استحداث طائفة جديدة ممن يمكن أن ينتقل إليهم عقد الإيجار عند وفاة المستأجر الأصلى، أو تركه العين المؤجرة. وهذه الطائفة لاتدخل فى إطار الفئات المسموح لها بذلك طبقا لنص المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والمادة ٢١ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩، والقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧.

فقضت محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٧٨، بأن المساكنة التى تنشئ للمنتفعين بالعين المؤجرة من غير المشار اليهم بالمادة ٢١ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ المنطبقة على واقعة الدعوى حقا فى البقاء فيها رغم ترك المستأجر الاصلى العين أو وفاته تستلزم وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة حصول **المشاركة السكنية منذ بدء الإجارة، فطالما لم** تنقطع إقامة هؤلاء المشاركين بالعين فإنه يحق لهم بهذه الصفة **البقاء فيها طوال مدة العقد والانتفاع بالامتداد القانونى بعد انتهائها** دون اشتراط باستمرار بقاء المستأجر الذى أبرم العقد باسمه فى العين المؤجرة. فإن انتفى هذا الشرط أصبح شغل المنتفعين المشار اليهم دون سند، وتعين اخلاؤهم منها عند ترك المستأجر الأصلى للعين أو وفاته»[٣٥].

لكن يبقى التساؤل قائما حول التكييف القانونى لبقاء هؤلاء المساكنين للمستأجر الأصلى منذ بدء الإجارة فى العين المؤجرة عند وفاته أو تركه لها؟

= بواسطة نائب عنهم». «واعتباراً من اليوم التالى لتاريخ نشر هذا القانون المعدل، لا يستمر العقد بموت أحد من أصحاب حق البقاء فى العين إلا لصالح المستفيدين من ورثة المستأجر الأصلى دون غيره ولمرة واحدة.

(٣٥) مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٩ ص ١٩٢٠.

فهل هناك انتقال للعقد إلى هؤلاء الاشخاص، ومن ثم يكون هناك تنازل عن العقد؟

أجابت محكمة النقض على هذا التساؤل فى حكمها الصادر فى ٢٥ يناير ١٩٧٨ بقولها إن «المساكنة التى لايصدق عليها وصف التأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجار فى معنى المادة ٢/ب من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ يستلزم حصول المشاركة السكنية منذ بدء الاجارة، وطالما لم تنقطع اقامة هؤلاء المشاركين بالعين المؤجرة، فإنه يحق لهم بهذه الصفة البقاء فى العين المؤجرة طوال مدة العقد والانتفاع بالامتداد القانونى بعدم انتهائها دون اشتراط اقامة المستأجر الذى أبرم العقد باسمه فى العين المؤجرة»[٣٦].

وهذا الحكم يجب أن يفهم على ضوء اتجاه محكمة النقض إلى اعتبارها أن السكن على سبيل الايواء والتسامح، أثناء قيام العقد، لايعتبر تنازلا عن الإيجار أو إيجارا من الباطن، ومن ثم لايسوغ للمؤجر طرد المستأجر لمخالفته لنص القانون المانع لذلك. لكن إذا كانت المساكنة منذ بدء الاجارة واستمرت دون انقطاع حتى وفاة المستأجر أو تركه للعين فإنه يترتب عليها انتقال العقد إلى المساكن، وبالتالى يحق له البقاء فى العين المؤجرة طوال مدة العقد والاستفادة بالامتداد القانونى بعد انتهائها وذلك دون اشتراط اقامة المستأجر الذى أبرم العقد باسمه فى العين المؤجرة.

ويبدو لنا أن التكييف القانونى الصحيح لبقاء المساكن فى العين المؤجرة عند وفاة المستأجر أو تركه للعين هو التنازل عن عقد الإيجار الذى يقع بقوة القانون اذا ما توافرت شروط، معاصره المساكنة لبدء الإيجار واستمرارها دون

---

(٣٦) مجموعة أحكام محكمة النقض، السنة ٢٩، ص٣٢٧، وواضح من هذا الحكم أنه يفرق تماما بين الامتداد القانونى والتنازل عن العقد.

انقطاع حتى وفاة المستأجر أو تركه للعين. وعلى ذلك فإن المساكن يحل محل المستأجر فى عقد الايجار، فما يرتبه من حقوق والتزامات، طوال مدة الايجار. كما أن هذا المساكن (المتنازل له يستفيد من الامتداد القانونى لعقد الإيجار عند انتهاء مدته والدليل على إجراء هذا التنازل القانونى هو عدم اشتراط اإامة المستأجر الذى أبرم العقد باسمه فى العين المؤجرة، حيث إنه لم يعد له صفة بعد أن تم التنازل.

ونحن نعتقد أن المحكمة قضت بهذا القضاء على سبيل القياس على النصوص القانونية التى تعطى للزوجة والأولاد والوالدين والأقرباء للدرجة الثالثة حق البقاء فى العين عند وفاة المستأجر الأصلى أو تركه للعين المؤجرة وذلك لاتحاد العلة. كما أن ذلك يتفق مع السياسة التشريعية فى هذا المجال وهى تحقيق الاستقرار فى الروابط العقدية، وخاصة فى ظل ظروف أزمة الاسكان الحالية.

ثالثا: فى قانون العمل:

بالرغم من أن المبدأ الذى يحكم العلاقات التعاقدية هو مبدأ الحرية التعاقدية، الا أن القانون يتدخل فى بعض الاحيان ليفرض التنازل عن العقد، وقد سبق أن رأينا أمثلة عديدة لذلك.

وفى إطار هذه الفلسفة نجد أن المشرع تدخل فى نطاق قانون العمل وقرر أنه فى حالة أى تغيير لشخص رب العمل وبصفة خاصة نتيجة الميراث أو البيع أو الاندماج فإنه لايترتب على هذا التغيير انتهاء عقود العمل الفردية التى أبرمها مع عماله(٣٧). ومعنى هذا

(٣٧) أنظر فى القانون الفرنسى art. L. 122 - 12 al. 2, Code de travail.

أن هناك تنازلا عن عقود العمل الفردية بقوة القانون الى المتنازل له، مالك المؤسسة الجديد. ولايملك صاحب المؤسسة الجديد أن برفض هذا التنازل، أو أن ينهى عقد العمل الفردى الذى يربطه بالعامل، كما لايملك أن يغير من شروط هذا العقد، مالم يكن ذلك لمصلحة العامل أو لمصلحة عامة. ويحقق التنازل فى مثل هذه الأحوال استقراراً للروابط العقدية بالنسبة للعمال.

وقد نصت المادة ٢/٩ من القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ على أنه «وفيما عدا حالات التصفية والافلاس والاغلاق النهائى المرخص فيه يظل عقد استخدام عمال المنشأة قائما ويكون الخلف مسئولا بالتضامن مع أصحاب الأعمال السابقين عن تنفيذ جميع الالتزامات المذكورة».

ويتضح من هذا النص أن هناك تنازلا بقوة القانون عن عقود العمل الفردية فى حالة انتقال المنشأة بالبيع أو الهبة أو الوصية أو الادماج أو النزول أو الإيجار أو غير ذلك من التصرفات[٣٨]. كما أن هذا النص جعل المتنازل له مسئولا بالتضامن مع المتنازلين السابقين من تنفيذ جميع الالتزامات التى تقع على عاتقه للعامل. كما أن هذا النص حرص على النص على بقاء عقود العمل الفردية أيا كان نوع التصرف لدرجة أنه نص على حالة الإيجار وأضاف عبارة «أو غير ذلك من التصرفات».

رابعاً: فى قانون التأمين:

فى حالة التصرف فى الشئ المؤمن عليه فإن عقد التأمين يستمر بقوة القانون لمصلحة المتصرف اليه، الذى سوف يحل محل المؤمن فى هذه العقد.

(٣٨) أنظر الفقرة الأولى من المادة ٩ حيث أنها تنص على أنه «لايمنع من الوفاء بجميع الالتزامات المنصوص عليها فى هذا القانون حل المنشأة أو تصفيتها أو اغلاقها أو افلاسها أو ادماجها فى غيرها أو انتقالها بالإرث أو الوصية أو الهبة أو البيع ولو كان بالمزاد العلنى أو النزول أو الايجار أو غير ذلك من التصرفات).

وعلى ذلك يصبح المتصرف إليه ملتزما بتنفيذ ما ينشأ عن هذا العقد من التزامات فى مقابل الاستفادة بما ينشأ عنه من حقوق. ولايجوز الاتفاق على عدم الانتقال، وإن كان يمكن لأى من الطرفين فسخ العقد.

ويترتب على هذا الانتقال براءة ذمة المؤمن الأول من الأقساط المستحقة، كما أنه لايعتبر ضامن، من الوقت الذى يخطر فيه المؤمن لديه بخطاب موصى عليه بالتصرف فى الشئ المؤمن عليه.

وفى هذه الحالة نجد أن هناك تنازلا عن عقد التأمين، وبما ينشأ عنه من حقوق والتزامات، بالتبعية للتصرف فى الشئ المؤمن عليه. ولكن يشترط إخطار شركة التأمين بالتصرف، وذلك حتى يتم براءة ذمة المتنازل، مع إمكانية الفسخ لكل من الطرفين[٣٩].

خامسا: فى القانون التجارى:

هناك حالات كثيرة للتنازل عن العقد فى نطاق القانون التجارى، وسوف تقتصر فقط على بعض الأمثلة البارزة والعملية، ونترك الأمثلة الأخرى الفنية والتى تخرج عن نطاق دراستنا[٤٠].

---

(39) Article L. 121- 10, alinéa 1 er du Code des assurances

وانظر فى مصر السنهورى، المرجع السابق، جزء٣، فقرة ٣٠٧ ص ٥٥٤.

(٤٠) انظر:

K. H. Neumayer, la transmission des obligations en droit comparè, in Travaux des IX es Journèès d'études Juridiques Jean Dabin, op. cit, p. 196 et notamment p. 261, p. 267, p. 270: et Vo Y, chaput, la transmission des obligations en droit bancaire français, ibid, p. 371 et s., et J. Pardon. rapport en droit belge, p. 387. Vo p. coppens. et F. Kint, le transfert des créances, des dettes et des contrats dans les fusions de sociétés, ibid, p. 423.

وغير ذلك من التقارير المقدمة فى هذا الصدد.

عقد شراء السفينة أو الطائرة تحت التشطيب:

من المعلوم أن شراء السفن أو الطائرات يحتاج إلى مفاوضات طويلة بين البائع والمشترى. وإذا ما أسفرت هذه المفاوضات عن عقد بيع فإن البائع يبدأ فى اعداد السفينة أو الطائرة حسب مواصفات ومتطلبات المشترى المتفق عليها فى عقد البيع. وهذا الإعداد يستغرق وقتا طويلا وذلك لما تحتويه كل من السفينة أو الطائرة فى الوقت الحاضر من أجهزة فنية متطورة ومعقدة.

قد يحدث أثناء تشطيب السفينة أو الطائرة أن يتنازل المشترى، لسبب أو لآخر، عن السفينة أو الطائرة. فهذا التنازل يتضمن حلول المتنازل له محل المشترى (المتنازل)، فيما له من حقوق وما عليه من التزامات، فى مواجهة البائع (المتنازل لديه). وهذا التنازل يقابل ضرورات الحياة العملية، ويلبى احتياجات المتعاقدين.

والتنازل عن عقد شراء السفينة أو الطائرة يفضل إعادة البيع، وذلك لأنه فى التنازل لايضمن المتنازل سوى صحة العقد وقت التنازل. كما أنه فى حالة اعادة البيع لشئ غير موجود فى يد المشترى قد يعرضه لمخاطر عدم التنفيذ من جانب البائع وبالتالى يعجز هو عن تنفيذ التزامه فى عقد البيع الجديد مما يترتب عليه مسئوليته أمام المتصرف اليه، حيث إن عدم تنفيذ البائع لالتزامه فى العقد الأول لايعتبر من قبيل القوة القاهرة التى تعفيه من مسئوليته فى مواجهة المتصرف إليه. بينما فى التنازل عن عقد الشراء فإن المتنازل لايلتزم بضمان تنفيذ العقد المتنازل عنه من جانب المتنازل لديه. بالاضافة إلى ذلك فإن المتنازل لايضمن العيوب الخفية فى الشئ الذى سيسلم من المتنازل لديه إلى المتنازل له. وهذا ما يؤكد ما سبق بيانه بصدد التنازل عن عقد شراء السيارة المحجوزة.

سادسا: فى القانون الزراعى:

فى قوانين الإصلاح الزراعى نجد أن حق الدولة يتعلق بالقدر الزائد عن الحد الاقصى. للملكية من تاريخ العمل بالقانون. فالدولة تعتبر مالكة لهذا القدر حكما وإلى أن تتم اجراءات الاستيلاء الفعلى، إلا أن هذه الإجراءات قد تستغرق وقتا طويلا، والسؤال الآن إذا كانت هذه الأرض ستبقى فى يد المالك الخاضع لقانون الاصلاح الزراعى أثناء هذا الوقت، فما هو مركزه القانونى؟ فهو قطعا ليس بمالك لهذا القدر، حيث إن الملكية انتقلت إلى الدولة من وقت العمل بالقانون وعلى ذلك فإن ما تغله هذه الأرض يجب أن يكون بمقابل، ولهذا فإن القانون يفرق فى هذا الصدد بين فرضين:

الفرض الأول: أن يكون المالك قائما بزراعة الأرض على الذمة. فى هذه الحالة يعتبر المالك الخاضع لقانون الاصلاح الزراعى بالنسبة للقدر الزائد عن الحد الاقصى للملكية فى حكم المستأجر لهذا القدر من تاريخ أيلولة ملكيته إلى الدولة، وتحسب الأجرة بسبعة أمثال الضريبة. ويظل الوضع على هذا النحو منذ تاريخ العمل بالقانون وإلى أن يتم الاستيلاء الفعلى عليها.

الفرض الثانى: وهو الذى يهمنا فى هذا الصدد، إذا كان المالك يستغل الأرض بطريق التأجير. فقد قرر القانون انتقال العلاقة الايجارية من المالك إلى الهيئة العامة للاصلاح الزراعى، وذلك من تاريخ الاستيلاء الاعتبارى عليها، لتصبح هذه العلاقة بين مستأجرى الأرض والهيئة العامة للإصلاح الزراعى.

وهذا يعنى أن الهيئة العامة للإصلاح الزراعى تحل محل المؤجر فى نفس العلاقة وذلك من تاريخ العمل بالقانون ودون أدنى تعديل بشروط هذه العلاقة. ولكن يشترط لتحقيق هذا الحلول أن يكون العقد الأصلى مودعا

بالجمعية الزراعية المختصة وذلك منعاً لتحايل الملاك عن طريق تمكين أشخاص معينين من وضع اليد على أرضه. وجزاء عدم إيداع عقد الإيجار بالجمعية هو أن يكون للهيئة الحق فى أن تستمر فى تأجير الأرض لواضع اليد أو تؤجرها إلى آخرين[٤١]. وهذا الفرض يمثل صورة من صور التنازل القانونى عن العقد.

المطلب الثانى: تحليل عملية التنازل عن العقد

إن الانطباع العام الذى يمكن أن نخرج به من العرض السابق هو أهمية حالات التنازل عن العقد وتنوعها فى القوانين الوضعية. كما يمكن أن نلاحظ أن التقنينات المتعاقبة فى الزمن قد تطورت واتجهت نحو إعطاء مكان متزايد للتنازل عن العقد. فإذا كان تقنين نابليون (١٨٠٤) لايعرف سوى حوالة الحق، فإن التقنين الألمانى (١٩٠٠) والتقنين السويسرى للالتزامات (١٩١٢) يعرفان حوالة الحق، وحوالة الدين، وإن كانا يجهلان التنازل عن العقد. وعلى العكس من ذلك فإن التقنين المدنى الايطالى (١٩٤٢) والتقنين المدنى البرتغالى (١٩٦٦) يعرفان صراحة الأنظمة الثلاثة. ونحن نتعجب للموقف السلبى للتقنين المدنى المصرى (١٩٤٨) من التنازل عن العقد.

وعلى أية حال فإن مبدأ التنازل عن العقد قد اعترف به حتى فى البلدان التى لم تتضمن قوانينها قواعد عامة منظمة لهذا التنازل. وقد كان للقضاء، وبصفة خاصة الفقه، السبق، فى كل من ايطاليا والبرتغال، فى إقرار التنازل قبل التقنين المدنى. كما أنه فى المانيا قد كان للفقه والقضاء نفس الدور، رغم التزام الصمت من جانب التقنين المدنى بالنسبة للتنازل عن العقد. أما فى فرنسا وسويسرا، فإنه يبدو أن القضاء والفقه أقل تحمسا لإقرار التنازل عن

(٤١) أنظر نبيل سعد، القانون الزراعى، الجزء الأول، الملكية - الايجار، ١٩٨٤، ص٢٠٥، ٢٠٦.

العقد كنظرية عامة. لكن يمكننا أن نقول إن المحصلة النهائية هى أن التنازل عن العقد أصبح جزءاً لايتجزأ من القانون الوضعى فى البلدان المختلفة، وأن له نفس الخصائص العامة، والاختلاف ينحصر فقط حول الوسائل الفنية لتحققه كما سوف تنى فيما بعد.

ولكن يجب أن نفرق، فى هذا الصدد، بين التنازل القانونى من ناحية، والتنازل الاتفاقى من ناحية أخرى لنقف على خصائص وسمات كل منهما.

أولا: التنازل القانونى عن العقد وسماته العامة:

تتميز حالات التنازل القانونى بعدة خصائص نعرض لأهمها هنا:

١- رضاء المتنازل لديه ليس بضرورى فى التنازل القانونى:

فى معظم حالات التنازل القانونى نجد أن التنازل يتم دون حاجة إلى رضاء المتنازل لديه بالتنازل، حيث أن هذا التنازل غالبا ما يكون مفروضا عليه. لكن هذا لايمنع من أن القانون فى بعض الحالات يخول للمتنازل لديه رخصة فسخ العقد المتنازل عنه، كما هو الشأن فى عقد التأمين.

أما بالنسبة لنفاذ التنازل عن العقد، نجد أنه فى غالب الأحوال يكون التنازل القانونى نافذا دون حاجة إلى أى اجراء من جانب المتنازل له ومع ذلك فإنه فى بعض الأحيان يتطلب القانون إخطار المتنازل لديه بالتنازل.

٢- براءة ذمة المتنازل من التزاماته، كليا أو جزئيا، بقوة القانون:

فى العقود الملزمة للجانبين يكون هناك ارتباط وتبادل بين الحقوق والالتزامات فطالما أن القانون فرض التنازل عن الحقوق وانتقالها إلى المتنازل له فإنه من المنطقى أن يترتب على ذلك براءة ذمة المتنازل من التزاماته، ويتحملها عنه المتنازل له بالتقابل لما انتقل اليه من حقوق.

فمثلا فى عقد التأمين نجد أن المتصرف إليه، المتنازل له عن عقد

التأمين بالتبعية للعقار المشترى، مسئول عن الأقساط المستحقة بعد التصرف. كما أن البائع، المتنازل عن عقد التأمين بالتبعية للعقار المبيع، يعتبر مسئولا عن الأقساط التى استحقت قبل التصرف. وإذا كان القانون لم يصرح بذلك إلا أن هذا يعتبر نتيجة منطقية لاقتصاديات عقد التأمين نفسه. فهذا العقد تحكمه قاعدة الارتباط المتبادل بين الاقساط ومدة التأمين. وهذا يعتبر تطبيق لمبدأ عام يحكم العقود الملزمة للجانبين بصفة عامة، والذى يمقتضاه أن أى من طرفى العقد يجب ألا يتحمل بأى التزام الا فى حدود ماعاد عليه من حق.

ونجد تطبيقا لذلك أيضا أن المادة ٤ من اللائحة التنفيذية لقانون تأجير وبيع الأماكن وتنظيم علاقة المؤجر والمستأجر تنص على أنه «يشترط فى جميع الأحوال لاجراء التبادل وفاء كل من المستأجرين الراغبين فى التبادل بجميع التزاماته المالية الناشئة عن عقد الايجار قبل البدء فى اجراءات التبادل».

ومع ذلك فقد نجد أن هناك نصوصا تبقى على التزام المتنازل فى مواجهة المتنازل لديه، مع اختلاف فى تكييف مركز المتنازل وهل هو مدين بالالتزام[٤٢] أم أنه كفيل متضامن أو غير متضامن[٤٣]، أم أنه مجرد ضامن[٤٤].

ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٣/٤ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ على أنه «يبقى المستأجران ضامنين متضامنين كل منهما

---

(٤٢) سليمان مرقس: شرح القانون المدنى، ٣، العقود المسماه، المجلد الثانى، عقد الايجار، ١٩٦٨ فقرة ٢٥٥ ص ٥٧٨، منصور مصطفى منصور، مذكرات فى القانون المدنى، العقود المسماه، البيع المقايضة، الايجار، ١٩٥٦ - ١٩٥٧، فقرة ٢٢٦ ص ٥٨٠.

(٤٣) عبد الفتاح عبد الباقى، عقد الايجار، ١٩٥٢، فقرة ٢٧٤، ص ٤٢٩.

(٤٤) السنهورى، الوسيط، جزء ٦، المجلد الأول، ١٩٦٣، فقرة ٤٧٧ ص ٧١٨.

للآخر فى جميع الالتزامات المالية الناشئة عن عقد الايجار فى مواجهة الملاك لمدة سنتين من تاريخ اتمام التبادل».

وفى فرنسا نجد أن الدكريتو الصادر فى ٢٠ مايو ١٩٥٥ والخاص بقروض الائتمان العقارى ينص فى المادة ١/٩ على حلول المتصرف اليه محل المتصرف وبراءة ذمة المتصرف، المدين السابق. بينما نجد أن المادة ٣/١٨٣١ مدنى فرنسى والخاصة بالتنازل عن عقد مقاولة البناء تنص على حلول المتنازل له محل المتنازل بقوة القانون، فى العقد ككل، أى فى جانبه الايجابى والسلبى. ومع ذلك يبقى المتنازل ضامنا لتنفيذ المتنازل له للالتزامات الناشئة عن العقد المتنازل عنه بينما نجد أن نص المادة ٤/١٦٠١ مدنى فرنسى والخاص بالتنازل عن عقد بيع عقار تحت الانشاء ينص على الحلول بقوة القانون دون أدنى ذكر لبراءة ذمة المتنازل.

وبالرغم من هذه النصوص فإنه ليس هناك مايمنع من أن يبرئ المتنازل لديه المتنازل من الضمان. وقد يكون هذا الابراء صريح أو ضمنى(٤٥). فإذا ماتم ذلك فإن التنازل عن العقد يصبح تنازلا تاما أو كاملا.

٣- تبعية التنازل القانونى لتصرف قانونى أولواقعة قانونية:

نجد أن أغلب حالات التنازل القانونى عن العقد تتم بالتبعية لتصرف قانونى، كما هو الحال فى التنازل عن عقود الايجار بالتبعية للتصرف فى العقار المؤجر، والتنازل عن عقود العمل بالتبعية للتصرف فى المؤسسة، والتنازل عن عقد الايجار فى حالة بيع المتجر أو المصنع، والتنازل عن عقد التأمين بالتبعية للتصرف فى الشئ المؤمن عليه، والتنازل عن عقد القرض بالتبعية للتصرف فى العقارالمحمل برهن ضامن لهذا القرض، والتنازل عن

---

(٤٥) انظر السنهورى، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأولى، فقرة ٤٧٧، ص ٧١٦ وما بعدها، عبد الفتاح عبد الباقى، عقد الايجار، ١٩٥٢، فقرة ٢٧٤، ص ٤٢٦.

عقد الايجار بالتبعية للاتفاق على التبادل بين المستأجرين.

كما أننا نجد أيضا أن هناك بعض حالات للتنازل القانونى عن العقد تتم بالتبعية لواقعة قانونية معينة، كالتنازل عن عقد الايجار عند وفاة المستأجر أو تركه للعين المؤجرة وذلك حسب التفصيل السابق بيانه، أو التنازل عن عقد الايجار الزراعى نتيجة للاستيلاء الاعتبارى على القدر الزائد عن الحد الأقصى للملكية فى قوانين الاصلاح الزراعى.

وسواء كان التنازل القانونى عن العقد قد تم بالتبعية لتصرف قانونى أم بالتبعية لواقعة قانونية معينة، فإن المشرع يقوم بفرض هذا التنازل ويجعله يتم بقوة القانون، وذلك استجابة لاعتبارات اجتماعية أو اقتصادية أو قانونية وجدها المشرع جديرة بالحماية، على النحو الذى بسطناه فى عرضنا لهذه الحالات. كما يجب علينا أن نقرر أن التنازل القانونى فى جوهره، وهو انتقال مركز أحد المتعاقدين فى الرابطة العقدية القائمة وبما يتضمنه من حقوق والتزامات إلى المتنازل له، لايختلف عن التنازل الاتفاقى، سوى فى المصدر المرتب لهذا الأثر.

ثانيا: التنازل الاتفاقى عن العقد وخصائصه:

إن من أبرز ما يتميز به اتفاق التنازل هو أنه اتفاق ملزم للجانبين كما أن محل هذا الاتفاق غالبا ما يكون عقد ملزم للجانبين. فالعقد المتنازل عنه ذاته يرتب التزامات متبادلة فيما بين الطرفين. ونحن نعتقد أن هذا يعتبر من أهم أوجه الصعوبة والتعقيد فى عملية التنازل عن العقد.

وفى ضوء استقراء حالات التنازل الاتفاقى عن العقد يمكننا أن نخلص إلى أن التنازل عن العقد عبارة عن نقل مركز أحد المتعاقدين فى العقد مع ما يتضمنه من حقوق والتزامات إلى المتنازل له. فالتنازل عن العقد يتمثل

فى اتفاق بين المتنازل والمتنازل له بمقتضاه ينقل المتنازل مركزه العقدى فى العلاقة القانونية الناشئة عن العقد المتنازل عنه إلى المتنازل له. فالتنازل عن العقد يتضمن حلول المتنازل له محل المتنازل فى العقد المتنازل عنه Contrat cédé فى جانبه الإيجابى، أى الحقوق، وفى جانبه السلبى، أى الالتزامات، فى آن واحد، بالإضافة إلى ما يترتب على هذا المركز العقدى أو الصفة العقدية من بعض الحقوق الترخيصية Les droits Formateurs ou potesta-tifs التى تتضمنها هذه الرابطة العقدية كما سوف نرى فيما بعد.

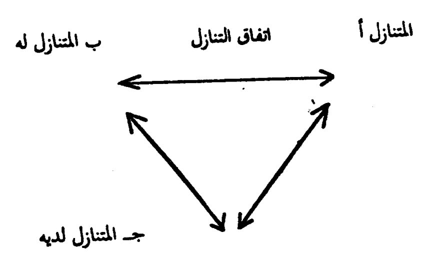
فالمتنازل يبغى من وراء هذا الاتفاق التنازل عن حقوقه للمتنازل له فى مقابل تحمل هذا الأخير مايقع على عاتقه من التزامات، والعكس المتنازل له ما قبل التحمل بالالتزامات الناشئة عن العقد المتنازل عنه إلا لأنه سيفيد بالحقوق المقابلة لها.

أما بالنسبة للمتنازل لديه، نجد أن المتنازل له قد حل محل المتنازل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات فى مواجهة المتنازل لديه. ولذلك نجد أن موقف المتنازل لديه يختلف بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بحلول المتنازل له محل المتنازل فى حقوقه أو فى التزاماته. ففيما يتعلق بحلول المتنازل له محل المتنازل فيما له من حقوق فإن المتنازل لديه لا يمكنه الا أن يقر هذا الحلول، أى تغيير شخص دائنه. أما فيما يتعلق بحلول المتنازل له محل المتنازل فيما عليه من التزامات فإن المتنازل لديه موقفه لايمكن أن يكون سلبيا، حيث أن سوف يترتب على هذا الحلول تغيير شخص مدينه.

والسؤال الآن هل اتفاق التنازل عقد ملزم لثلاثة أطراف أى Un contrat trilatéral، بمعنى أنه ينشأ عنه علاقة قانونية واحدة ملزمة بين أطراف ثلاثة، كعقد الشركة مثلا، أم أنه عملية قانونية ثلاثية الأطراف. أى

Une opération à trois personnes بمعنى أن هناك ثلاث علاقات قانونية مركبة Rapports triangulaires.

فى الحقيقة إن التنازل عن العقد ينشأ عنه عملية قانونية مركبة ثلاثية الأطراف، أو ذات أطراف ثلاثة، ولكنه لاينشىء علاقة قانونية ثلاثية.



ففى التنازل عن العقد يستطيع المتنازل له أن يباشر دعوى التنفيذ فى مواجهة المتنازل لديه دون وساطة المتنازل. وكذلك الحال بالنسبة لدعوى الفسخ، أو بالنسبة للدفع بعدم التنفيذ. وبالمثل يستطيع المتنازل لديه أن يباشر مثل هذه الدعاوى وهذا الدفع فى مواجهة المتنازل له وبدون وساطة المتنازل[٤٦].

ويتميز التنازل عن العقد أيضا بأن الحلول يكون فى نفس الحقوق وفى نفس الالتزامات، كما أن هناك ارتباطا بين الجانب السلبى، والجانب الإيجابى. وعلى ذلك فإن المتنازل له يحل محل المتنازل فى نفس الرابطة القانونية القائمة، أى أن التنازل يهدف إلى نقل العقد المتنازل عنه كما هو من المتنازل إلى المتنازل له. هذا

(٤٦) أنظر فى نفس المعنى نقض مدنى فى ١٩٨٣/٤/١٤، الطعن رقم ٧٨ لسنة ٤٨ ق فى مجلة خريجى حقوق الاسكندرية، أبريل ١٩٨٥، ص ١٣٣.

التحليل للتنازل له انعكاسات عميقة على نظام التنازل ذاته كما سنرى.

هـذا التحليـل يؤدى بنا أيضـا إلى طرح السـؤالين الآتيين، مـاهو دور إرادة المتنـازل لديـه، وما هو مداها فى اتفاق التنازل؟ هل هى شرط فقط لنفـاذ اتفـاق التنـازل فـى مـواجهـة المتنازل لديه أم أنهـا شرط أساسى لانعقـاد اتفـاق التنازل؟ ويرتبط بهـذا السـؤال سـؤال آخر هام هل يبـقى المتنـازل ملتـزما فـى مواجهـة المتنـازل لديــه إلـى جانـب المتنازل له أم أنه تبـرأ ذمتـه بمجرد اتفـاق التنازل؟ أو بعبارة أخرى هل مجرد موافقة المتنازل لديـه على التنازل تؤدى إلى براءة ذمـة المتنازل، أم أنه يبـقى فى جميع الأحوال ملتزما فى مواجهته؟ وللإجابة على هذه الأسئلة يجب أن نحدد طبيعة التنازل.

المبحث الثانى: التنازل عن العقد بين التجزئة والوحدة

ان التنـازل عــن العـقـد مـازال فـى مـعظـم التـقنينـات المقـارنـة نظـاما قانونـيا غيـر محـدد وغيـر مكتمـل. فنجد أن البعض ينظر إلى التنـازل علـى أنه بيـع للعقـد أو هـبة[٤٧] وقـد سبـق لنـا أن بينـا أن هذا غـير دقيـق مـن الناحيـة القـانونيـة حيـث إن التنـازل لايخضـع لكل قواعـد البيـع، وبصفة خاصة ما يتعلق منها بالثمن، عدم مسئولية المتنازل عن عدم تنفيذ المتنازل لديه، عدم مسئولية المتنازل عن ضمان العيوب الخفية وغير ذلك من قواعد كمـا سوف نرى تفصيـلا فيـما بعـد. وفى بعض الأحيان، كما فى المانيا، يطلق على التنازل عقد الحلول أو استئناف العقد La reprise de contrat (Vertragsubernahme) كل هذا يكشف عـدم

(٤٧) أنظر فى القانون المصرى، السنهورى، الوسيط، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٥٣ ص ٦٦٢ وفى فرنسا Planiol et Ripert, op. cit, t. x, no 550 p. 762 note 3.

الوضوح والتردد الذى يحيط بنظام التنازل(٤٨).

حتى بالنسبة لمحل التنازل فإن هناك اختلافا فيما بين الفقهاء. فمثلا فى إيطاليا، نجد أن بعض الفقهاء يرى أن اصطلاح التنازل عن العقد اصطلاح غير دقيق، حيث إنه ليس العقد الذى يتم التنازل عنه وإنما الحقوق والالتزامات الناشئة عن هذا العقد(٤٩).

وحول طبيعة التنازل انقسمت التقنينات إلى قسمين: قسم يرى أن التنازل ليس إلا حوالة حق، وحوالة دين فى نفس الوقت وهذا القسم يشمل معظم التقنينات، وقسم آخر يرى أن التنازل عن العقد نظام قانونى مستقل عن حوالة الحق وحوالة الدين، ولذلك أورد قواعد قانونية عامة منظمة له، وهذا هو مسلك كل من التقنين الايطالى والبرتغالى(٥٠) فلنعرض لكل من النظريتين، ثم نبرز أهمية العملية للاختلاف بين النظريتين.

---

(٤٨) انظر:

Ph. Malaurie, op. cit, p. 203, et Rapport présenté par K. H. Neumayer, la transmission des dligations en droit comparè in la transmission cp. cit. p. 259.

(٤٩) انظر:

- Finzi, la riassicurazione et la Cession de portafoglio, Rivista de Diritto Commerciale et del Diretto Generale delle obligazione, 1932, xxx, lère partie 660 cité par Ph. Malaurie, op. cit, p. 108; Carnelutti. Teoria guiridica della circolazion, padoue, 1933, p. 44, citès par Ph. Malauri, op. cit, p. 203.

(٥٠) انظر:

- K. H. Neumayer, la transmission des obligations en droit comparé, in la transmission op. cit, p. 259; v. les autres rapp présentés Sur ce sujet, ibid.

المطلب الأول: عرض وتقييم للنظريتين

نجد أن معظم التقنينات تتجه إلى تجزئة التنازل عن العقد إلى عمليتين مختلفتين، أحداهما حوالة للحق والثانية حوالة للدين، وإن كان كلا من هاتين العمليتين تتم فى نفس الوقت. وعلى ذلك فإن القواعد التى تحكم التنازل عن العقد ليست، بطبيعة الحال، إلا القواعد المنظمة لحوالة الحق وحوالة الدين. بينما يذهب كل من التقنين الايطالى والتقنين البرتغالى إلى أن عملية التنازل عملية قانونية واحدة لاتقبل التجزئة، كما أن التنازل عن العقد عملية ذات طبيعة خاصة، وبالتالى فإنها يجب أن تخضع لقواعد خاصة به.

أولا: نظرية تجزئة التنازل:

Théorie de la décomposition de la cession

نقطة البداية فى هذه النظرية أنه طالما لم توجد قواعد عامة تتعلق بتنظيم التنازل عن العقد، فإنه لامناص من الالتجاء إلى القواعد الموجودة فى هذا المجال. وحيث انه لايوجد فى هذه المسألة الا القواعد التى تحكم حوالة الحق من ناحية، وحوالة الدين من ناحية أخرى، اذن فهذه القواعد هى التى تطبق على التنازل عن العقد.

وإذا كان الأمر كذلك، فإننا نعلم بأن حوالة الحق وحوالة الدين عمليتان قانونيتان متميزتان، والنتيجة المنطقية لذلك هى تجزئة العقد إلى حقوق والتزامات، وبالتالى فإن التنازل عن العقد لايعدو أن يكون حوالة حق وحوالة دين، فى وقت واحد(٥١)، ويجب أن تطبق القواعد الخاصة بالحوالة

(٥١) أنظر السنهورى، الوسيط، جزء ٣، فقرة ٢٥٠ ص ٤٥١، وجزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٥٣ ص ٦٦٣.

على التنازل عن العقد. وبناء عليه فإن حوالة الحق تتم دون حاجة إلى رضاء المدين، الا أنها لاتكون نافذة قبله إلا إذا قبلها أو أعلن بها. أما بالنسبة لحوالة الدين فإنهـا تتم باتفـاق المدين والمحال عليه، إلا أنهـا لاتكون نافـذة فى حق الدائن الا إذا أقرها. وكما هو واضح فإن دور المتنازل لديه ليس إلا الانضـمام إلى اتفاق موجود وصحيح ونافذ فيما بين عاقديه، المتنازل والمتنازل له، وأن هذا التدخل لايقصد به سوى اعطاء هذا الاتفاق فعاليته ونفاذه، وهذه النظرية هى السائدة فى كل من القانون الألمانى والسويسرى والمصرى[٥٢].

ونظرة فاحصة على هذا التحليل يتبين لنا بوضوح التكلف والتصنع - فالعقد يكون كلا متكاملا. والقانون الحديث يقف ضد أى تجزئة للعملية العقدية، والمثل الواضح على ذلك موقف القانون الدولى الخاص الذى يهدف دائما إلى تركيز للعلاقات العقدية وعدم تجزئتها. كما أن التنازل ينصب على العقد المتنازل عنه، ككل متكامل - وبناء عليه فإن قواعد الحوالة تصبح عاجزة عن أن تستجيب لعملية التنازل عن العقد، حيث إنها عملية مركبة ومتداخلة، بينما قواعد الحوالة وضعت لتواجه حوالة حق أو دين كل على حده.

كما أنه ليس صحيحا أبدا أن مجموع حوالة الحق، وحوالة الدين يساوى فى كل الأحوال التنازل عن العقد ككل. ونحن نعتقد أن هذا هو سبب الكثير من الصعوبات التى تواجه الفقه والقضاء عند تطبيق قواعد الحوالة على التنازل عن العقد.

وفى البلدان التى لم تأخذ تشريعاتها بفكرة التنظيم المستقل والخاص

---

(٥٢) أما بالنسبة للقانون الفرنسى فإن تقنين نابليون لايعرف سوى حوالة الحق، ولم ينظم حوالة الدين، ونجد أن الفقه الغالب يذهب إلى أن القانون الوضعى الفرنسى يعرف حوالة الدين، وبالتالى، وطبقا لهذا الاتجاه. فإنه يأخذ بنظرية التجزئة فى التنازل انظر:

- Lapp. La cession de contrat, Thèse strasbourg. 1950, no 16 ets.

للتنازل عن العقد، كالمانيا وسويسرا وفرنسا ومصر، نجد أن الفقه والقضاء مازال متردداً بين التحليل التقليدى، أى أن التنازل ليس إلا حوالة حق وحوالة دين فى نفس الوقت، والتحليل الحديث الذى ينظر إلى التنازل على أنه عملية قانونية مركبة ذات طبيعة خاصة، تختلف عن مجرد حوالة الحق وحوالة الدين(٥٣) وسوف نعرض لذلك تفصيلا فيما بعد.

أما فى مصر فنجد هذا التردد واضحا فى كتابات الفقهاء - فنجد مثلا الاستاذ الجليل الدكتور السنهورى يصور التنازل عن عقد الإيجار فيما يلى «يمكن القول، بادئ ذى بدء، أن المستأجر فى هذه الحالة (حالة التنازل) يقوم بينه وبين المتنازل له عن الايجار علاقة محيل بمحال له فيما يتعلق بحقوقه، وعلاقة محيل بمحال عليه فيما يتعلق بالتزاماته ..... أما علاقته بالمؤجر فهى فى التنازل عن الإيجار علاقة محيل بمحال عليه فى الحقوق وعلاقة محيل بمحال له فى الالتزامات. وتقوم علاقة بين المؤجر والمتنازل له عن الايجار هى علاقة المحال له بالمحال عليه أو علاقة المحال عليه بالمحال له.....»(٥٤).

ثم وجد هذا الأستاذ الجليل صعوبات جمة لتطبيق قواعد الحوالة على التنازل، وبصفة خاصة فيما يتعلق بنفاذ حوالة الحق أو حوالة الدين(٥٥)

---

(٥٣) انظر فى تحليل مستفيض للقضاء الفرنسى وتردده
- Calvao Télés La cession de contrat. Rev. int. de droit comparè 1951 p. 226 ets.
Ph Malaurie, op. cit

وانظر فى كل من المانيا وسويسرا
K. H. Neumayer, op. cit, 259.

(٥٤) انظر السنهورى، الوسيط، جزء، المجلد الأول، فقرة ٤٦٦ ص ٦٩٦.

(٥٥) انظر أمثلة على هذه الصعوبات السنهورى، المرجع السابق الاشارة إليه، فقرة ٤٥٣ ص ٦٦٣، وفقرة ٤٧٤ ص٧١١، وفقرة ٤٧٥ ص٧١١، وفقرة ٤٧٦ ص ٧١٢، ٧١٣، ٧١٤، ٧١٥.

ولذلك نجد بعض الفقهاء يعترف بأن «حوالة الدين التى يتضمنها التنازل عن الايجار هى **حوالة من نوع خاص......**»(٥٦).

بل أكثر من ذلك نجد أن الاستاذ الدكتور السنهورى، يعبر، دون قصد، عن حقيقة التنازل، فيقول بالحرف الواحد «ذلك أن المستأجر إنما يتنازل عن حقوقه والتزاماته المستمدة من عقد الإيجار الأصلى، **فهذا العقد نفسه هو الذى يتحول إلى المتنازل إليه بجميع ما يشتمل عليه من أركان وحقوق والتزمات وشروط دون أى تحوير فيها، ويحل المتنازل إليه محل المستأجر فى كل ذلك، ويصبح هو المستأجر فى عقد الايجار بدلا من المستأجر الاصلى**»(٥٧).

ويستمر الأستاذ الجليل ليؤكد تلك الحقيقة بقوله «ويترتب على ذلك أن الأسباب المتعلقة بالمستأجر ويكون من شأنها انهاء عقد الايجار أو فسخه، كالموت أو الاعسار أو الافلاس أو الاخلال بالالتزام، يرجع فيها لا إلى المستأجر، بل إلى المتنازل له عن الإيجار»(٥٨) أى أن التنازل عن العقد ليس مجرد حوالة حق وحوالة دين فى نفس الوقت وإنما هو شئ أكثر من ذلك كما سوف نرى فيما بعد.

والغريب من الأمر أن هذا التردد كان واضحا فى المشروع التمهيدى للمادة ٥٩٥ مدنى، وهذا النص كان يجرى على الوجه الآتى «**فى حالة التنازل عن الايجار يحل المتنازل إليه، فى علاقته مع المؤجر، محل المستأجر فى جميع الحقوق والإلتزامات الناشئة عن عقد الإيجار** ومع ذلك يبقى المستأجر ضامنا للمتنازل إليه فى تنفيد التزاماته» ونحن نعتقد أن

---

(٥٦) أنظر عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٢٥٩ ص ٤٠٧ هامش ١ ومع ذلك قارن ما قاله فى فقرة ٢٧٣ ص ٤٢٨.

(٥٧) السنهورى المرجع السابق، فقرة ٤٦٧ ص ٦٩٨.

(٥٨) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٤٦٧ ص ٦٩٨، ٦٩٩ هامش ٣.

هذا النص يعتبر أبلغ تعريف للتنازل، كما أنه يكشف عن حقيقته وجوهره، ومن ثم طبيعته الخاصة. وبالرغم من ذلك نجد تراجعا واضحا عن هذه الفكرة في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى حيث إنها تقول «ففى التنازل عن الإيجار يحل المتنازل اليه محل المستأجر فى جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الايجار. ويكون **هذا بمثابة الحوالة فى الحقوق والديون فى وقت واحد**». وقد حذف الحكم الخاص بعلاقة المتنازل له بالمؤجر فى لجنة المراجعة «اكتفاء بتطبيق القواعد العامة وأحكام الحوالة» !![٥٩].

وعلى ضوء ذلك يعود ويؤكد الأستاذ الدكتور السنهورى على هذه الحقيقة بقوله «فالتنازل عن الإيجار، إذن، هو حوالة حق وحوالة دين فى وقت واحد»[٦٠].

ثانيا: نظرية وحدة التنازل: Théorie Unitaire de la cession

وقد ظهرت هذه النظرية فى التقنين الإيطالى، ثم فى التقنين البرتغالى وهذه هى النظرية التى يؤيدها غالبية الفقهاء فى فرنسا[٦١] كما أن هناك اتجاه فقهى فى المانيا يؤيد هذه النظرية، والتى تعرف تحت اسم Einheitstheorie أى théorie unitaire[٦٢] مع أن التقنين المدنى الألمانى (B.G.B) لا يتضمن إلا قواعد خاصة بحوالة الحق وبحوالة الدين ولاتوجد به قواعد عامة تتعلق بتنظيم التنازل عن العقد.

وطبقا لهذه النظرية، أن التنازل عن العقد لاينظر إليه باعتباره مجموع

---

(٥٩) مجموعة الأعمال التحضيرية، ٤ ص ٥٦٣ - ص ٥٦٥ وانظر السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٤٦٧ ص ٦٩٩ وفقرة ٤٧٧ ص ٧١٦ هامش ١.

(٦٠) المرجع السابق، فقرة ٤٦٧ ص ٦٩٩.

(61) V. J. Ghestin, la transmission des obligations. en droit positif français, in la transmission, op. cit, p. 4 et 5; Ph. Malaurie, op. cit, Comp. P. Raynaud. op. cit. Chr. Larroumet, thèse précitée.

(62) Vo Ph. Malaurie, op. cit, p. 204.

الحقوق والديون منظورا إليها بطريقة منفصلة، وإنما هو عبارة عن نقل للرابطة العقدية Le rapport contractuel باعتبارها وحدة واحدة متكاملة، أو هو عبارة عن تنازل عن المركز العقدى La position contractuelle فى العلاقة العقدية القائمة. ويترتب على التنازل عن المركز العقدى أو صفة المتعاقد La qualité de contractant اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات الناشئة عن ذلك المركز أو هذه الصفة.

وهذا التحليل يرتكز على أساسين: أحدهما شخصى، والآخر موضوعى. فمن ناحية نجد أن هذا التحليل يرتكز على قصد المتعاقدين، فالمتعاقدان لم تتجه إرادتهما عند التنازل إلى فصل الجانب الايجابى عن الجانب السلبى للعقد، ولكن على العكس تتجه ارادتهما إلى التنازل عن العقد ككل، فمحل التنازل هو العقد المتنازل عنه فى ذاته. ومن ناحية أخرى فإن هذا التحليل يرتكز على فكرة بسيطة قوامها أن محل التنازل ليس هو المجموع الحسابى للحقوق والديون وإنما هو شئ آخر غير ذلك، أنه التنازل عن صفة المتعاقد أو مركزه العقدى، فهدف المتعاقدين من التعاقد هو حلول المتنازل له محل المتنازل فى الرابطة العقدية التى تربطه بالمتنازل لديه، وبكل ما يترتب على ذلك من آثار قانونية، لاتقف عند حد انتقال الحقوق والالتزامات.

وقد حاول بعض الفقهاء انتقاد هذه النظرية على أساس أنها ترتكز على فكرة موضوعية محضة للالتزام، مجردة إياه من الرابطة الشخصية المكونة له. وهذا يعنى أيضا أن العقد، وذلك بعد تطور طويل، أصبح يمثل قيمة مالية دون أدنى اعتبار للرابطة الشخصية التى تنشئه. فقديما كان الالتزام لايقبل الانتقال، حتى فى جانبه الإيجابى. لأنه كان ينظر إليه على أنه ليس الا رابطة

بين شخصين. أما اليوم فإن العقد بأكمله يقبل الانتقال، لأنه ليس الا قيمة مالية أو اقتصادية(٦٣).

وواضح أن هذا الانتقاد فى غير محله، حيث إن هذه النظرية لم تهمل اعتبار العقد رابطة شخصية بدليل اشتراطها رضاء المتنازل لديه كشرط ضرورى لقيام التنازل ذاته. فأين اذن هذا الاهمال للرابطة الشخصية فى العقد؟ بالاضافة إلى ذلك أن هذه النظرية هى الأكثر ملاءمة للظروف الحالية فى المجتمعات الحديثة التى تقوم على فكرة الائتمان من ناحية وتزايد أهمية القيم المنقولة من ناحية أخرى.

المطلب الثانى: الأهمية العملية لاختلاف النظريتين

بطبيعة الحال هناك أهمية عملية كبرى لهذا الاختلاف، حيث أن الأخذ بأى من النظريتين له أثر واضح فى شروط التنازل وأيضا فى آثاره. وسوف نعرض هنا لأثر الاختلاف باختصار حيث أننا سوف نعرض له بالتفصيل عند الكلام عن شروط التنازل وآثاره فى الباب الثانى المتعلق بأحكام التنازل.

أولا: على نطاق شروط التنازل:

نجد أن نظرية وحدة التنازل تشترط رضاء الأطراف الثلاثة فى التنازل، فطبقا لهذه النظرية فإن اتفاق التنازل ثلاثى الأطراف، ففى العلاقة بين المتنازل والمتنازل له، نجد أن الأمر يبدأ بالمفاوضات بينهما، ثم ينتهى باتفاق التنازل. وبمقتضى هذا الاتفاق نجد أن المتنازل يهدف إلى التنازل عن حقوقه الناشئة من العقد المتنازل عنه فى مقابل تحمل المتنازل له للالتزامات الناشئة

---

(63) Vo Larroumet, op. cit, no 103, pp. 244 - 246, d'une manière moins tranchante, Galvao Télès. op. cit, pp. 229 - 230.

من نفس العقد. وبالمثل فإن المتنازل له لايرغب فى تحمل الالتزامات الناشئة من العقد المتنازل عنه إلا فى مقابل استفادته من الحقوق المقابلة لذلك. أما بالنسبة للمتنازل لديه، فإنه لن يتدخل إلا ليصرح بالتنازل. فبالنسبة للتنازل عن الحقوق فإن تدخله لايعدو أن يكون اقرارا لهذا التنازل، وتغيير شخص دائنه. أما بالنسبة للتنازل عن الالتزامات أو الديون فإن المتنازل لديه لايمكن أن يكون موقفه سلبيا، إذ لابد أن يوافق على تغيير مدينه.

ويتضح من ذلك أن رضاء المتنازل لديه ليس مجرد شرط لنفاذ التنازل فى مواجهته وإنما هو شرط ضرورى لانعقاد التنازل، بمعنى أنه عند رفض المتنازل لديه للتنازل يصبح هذا الاتفاق عديم القيمة من الناحية القانونية. ويفسر الفقهاء ذلك بأنه يتفق وقصد المتعاقدين، وبالارتباط بين الحقوق والديون. فالمتنازل لم يقبل التنازل عن حقوقه إلا لأنه سوف تبرأ ذمته من ديونه، مما يستلزم رضاء المتنازل لديه[٦٤].

بينما لو جزأنا العقد، فإنه يمكن القول، عند تخلف رضاء المتنازل لديه، بأن الحقوق قد تم انتقالها دون الديون، أو أن هناك انتقالا لكل من الحقوق والديون لكن دون أن تبرأ ذمة المتنازل فى مواجهة المتنازل لديه، وهذا هو رأى بعض الفقهاء فى كل من ألمانيا وفرنسا[٦٥].

ثانيا: على نطاق آثار التنازل:

إن نظرية وحدة التنازل تشترط رضاء المتنازل لديه، وذلك لأن من آثار التنازل براءة ذمة المتنازل فى مواجهته.

ويؤكد بشدة كل من التقنينين: الإيطالى والبرتغالى على أن من آثار

---

(٦٤) انظر للعرض للفقه الايطالى والبرتغالى ومقارنتهما ببعض
Ph. Malaurie, op. cit, p. 209.

(٦٥) أنظر فى ذلك: Larroumet, op. cit, no 110, p. 273

التنازل عن العقد براءة ذمة المتنازل. والتقنين المدنى البرتغالى لايعرف إلا هذا النوع من التنازل (م ٤٢٤)، بينما التقنين المدنى الإيطالى ينص، إلى جانب ذلك، على امكانية التنازل عن العقد مع عدم براءة ذمة المتنازل (م ١٤٠٨). وعلى أية حال فإن التنازل فى مفهوم نظرية الوحدة هو حلول المتنازل له محل المتنازل، مما يترتب عليه، حتما، خروج المتنازل من الرابطة العقدية. وهذا يعنى بطبيعة الحال براءة ذمته من الالتزامات، نتيجة لرضاء المتنازل لديه بالتنازل، أو لنص القانون الذى ينظم التنازل. فبراءة ذمة المتنازل فى مفهوم هذه النظرية يعتبر أثر طبيعى للتنازل.

أما بالنسبة لنظرية التجزئة، فإن الأصل هو انتقال الحقوق دون الالتزامات، وإن كان هناك انتقال للحقوق والالتزامات فإن المتنازل لاتبرأ ذمته فى مواجهة المتنازل لديه مالم يعلن هذا الأخير ذلك صراحة.

وينشأ عن بقاء المتنازل إلى جانب المتنازل له مشكلة تكييف مركزه القانونى؟ هل هو مدين أصلى بالالتزام إلى جانب المتنازل له فيكون للمتنازل لديه مدينان؟ وهل هذان المدينان متضامنان؟، أم هل هو مدين احتياطى، فهل إذا كان كذلك يعتبر كفيلا؟؟ وإذا كان كفيلا فهل له الدفع بالتجريد؟ فإن لم يعتبر هذا أو ذاك فهل يمكن اعتباره ضامنا للتنفيذ، أى يقع عليه التزام قانونى بضمان التنفيذ؟ أسئلة كثيرة تبحث عن إجابة، وتدل دلالة قاطعة على قصور نظرية التجزئة. كما سوف نرى ذلك تفصيلا فيما بعد عند دراسة آثار التنازل.

وكما هو واضح فإن الأخذ بأى من النظريتين يرتب آثارا عميقة على أحكام التنازل بصفة عامة كما سوف نرى فى الباب الثانى.

الفصل الثانى

تمييز التنازل عن العقد عما يشتبه به من أنظمة قانونية

فى البداية، لم يكن التنازل عن العقد سوى مسألة أكاديمية، أو بالأحرى مجموعة من الأسئلة، كان السؤال الأول الطبيعى يدور حول مشروعيته من عدمها، ثم عن مدى إمكانية تحققه، ثم بعد ذلك أصبح السؤال يدور حول نظامه القانونى، وبصفة خاصة حول شروطه وآثاره: وهل للمتنازل لديه حق فى مواجهة المتنازل له؟ وهل للمتنازل له حق فى مواجهة المتنازل لديه؟ وهل المتنازل برأت ذمته، أم أن المتنازل لديه يمكنه، مع ذلك، متابعته؟

وعلى ذلك فإنه لم يكن فى العمل نظام قانونى، أو فكرة واضحة للتنازل عن العقد. ولذلك كان الأمر الطبيعى هو الالتجاء الى الأنظمة القانونية الموجودة من قبل، كالالتجاء إلى الوكالة، التجديد، الانابة أو حتى إلى الاشتراط لمصلحة الغير. وهذا هو دأب القانون دائما بصدد ما يجد من مسائل ومعاملات، وبذلك كان يتطور القانون على مر العصور.

واذا كان الأمر كذلك بالنسبة لكل حكم جديد فى بدايته، إلا أن هذا الأمر لايستمر طويلا. فهذا الأسلوب المألوف فى العمل، إذا كان يستند الى استمرارية القانون وثباته، ويكشف عن ثراء التراث القانونى، ويتجنب من ثم الفراغ القانونى، إلا أنه فى كثير من الحالات يكشف التطبيق العملى قصور الأنظمة القانونية الموجودة سلفا عن أن تستوعب جميع عناصر وجزئيات المسائل الجديدة، أو الأحكام المستحدثة. ثم تتصل حلقات التطور إلى أن يكشف التطبيق العملى والتحليل النظرى ذاتية واستقلالية النظام الجديد.

وهانحن اليوم نحاول جاهدين البحث عن تلك الذاتية وهذه الاستقلالية بالنسبة للتنازل عن العقد.

وعلى ذلك فإنه يجب تمييز التنازل عن العقد عن التعاقد من الباطن. ثم نحاول بعد ذلك وضع الحدود الفاصلة بين التنازل عن العقد والعمليات القانونية ذات الاشخاص الثلاثة التى قد تشتبه به.

المبحث الأول: التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن

إذا كانت التفرقة بين التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن، بات من المسلم بها الآن[1]، إلا أنها مازالت تدق في كثير من الأحيان، ومحل خلاف فيما بين الفقهاء. فأصبح من المسلم به الآن أنه يجب التفرقة بين الايجار من الباطن، والمقاولة من الباطن، والوكالة من الباطن من ناحية والتنازل عن الايجار، والتنازل عن المقاولة، والتنازل عن الوكالة من ناحية أخرى، لكن كيف؟ هذا هو محل الخلاف ومصدر الدقة.

وهذه التفرقة تعتبر حديثة نسبيا، ويرجع ذلك إلى أن الاشتقاق اللغوى، في اللغة الفرنسية، لم يكن ينهض سندا لقيامها. وذلك لأنه عند الحديث عن آثار التنازل عن العقد يقال عادة أن المتنازل له يحل "Substitue" محل المتنازل. وحيث أن Substituer تأتى من الأصل اللاتينى للكلمة Subtituere de Sub: sous, et Statuere. établir فكلمة ètablir, substituer تثير فى الذهن التعاقد من الباطن le sous- Contrat أكثر من التنازل عن العقد. ويبدو أن ذلك هو السبب فى عدم وضع تفرقة قاطعة بين النظامين فى تقنين نابليون[2] ولذلك سنعرض لموقف الفقه التقليدى من هذه التفرقة،

---

(1) V. Larroumet, op. cit, no 90 à 93, Teyssie, les groupes de contrats, Thèse, Montpellier, 1975, prèface. J. Mousseron.

(2) Vo Ph. Malaurie op. cit, p. 23.

ثم نعقبه بموقف الفقه الحديث وفى النهاية نعرض للمعيار المختار للتفرقة.

أولا: موقف الفقه التقليدى من التفرقة:

وقد أقام بعض الفقهاء هذه التفرقة العلمية الدقيقة، بحذف ومهارة، استنادا إلى قراءة فطنه لنص المادة ١٧١٧ مدنى فرنسى. وهذه التفرقة ترجع إلى بداية القرن الماضى(٣).

فيرى هؤلاء الفقهاء أنه إذا كان نص المادة ١٧١٧ ينص على أن «للمستأجر حق التأجير من الباطن، كما له أن يتنازل عن إيجاره» فإن ذلك يعنى أن المشرع يميز بين التأجير من الباطن والتنازل عن الإيجار، وخاصة وأن التنازل والتأجير من الباطن ليس لهما نفس المحل.

وبالرغم من هذه التفرقة الفنية الدقيقة، فإنه لم يؤخذ بها فى العمل. وكثير من العقود هى فى حقيقتها تنازل عن الايجار تم تكييفها على أنها ايجار من الباطن والعكس صحيح.

وإلى جانب ذلك فقد انبرى بعض الفقهاء، اللامعين، لمحاربة هذه التفرقة. فنجد Paul Esmein قد انتقد هذه التفرقة بشدة(٤)، واعتبر أن هذه التفرقة ليست الا تصورا ذهنيا يقوم على تجاهل لحقائق الأشياء. وقد كان هذا مدعاة لسخريته من الفقهاء الذين يميلون إلى التجريد، وينفصلون عن الواقع والحقيقة، ثم يقول إنه عندما يتم التأجير من الباطن فهذا معناه أن يترك المستأجر الشئ المؤجر لغيره، وكذلك الحال تماما بالنسبة للتنازل عن الإيجار(٥).

وقد سبقه إلى ذلك الفقية Planiol عندما أعلن عدم رضاه عن هذه

---

(3) De Merlin, Répértoire, 1828, Vo Sous location.

(4) Rev. tr. dr. civ. 1924, p. 252.

(5) op. cit, p. 259 - 260.

التفرقة، ولكن لسبب آخر، هو سوء التعبير فى التقنين المدنى الفرنسى، وخاصة فى نظر فقيه مرتبط كثيرا بالتقاليد مثل Planiol، فقد أعلن أنه لمن الخطأ التاريخى[٦] الإصرار على مثل هذه التفرقة التى وضح زيفها. فبعد أن تم الالتجاء إلى الاسراف فى التعليل القانونى، والتحليل النظرى الدقيق، والذى تم فى غير محله، أقيمت هذه التفرقة التى لم يكن لها أى صدى فى الحياة العملية. فهذه التفرقة ليست فى الحقيقة إلا فخ قد نصب للمتعاقدين، فكأننا نقول لهم بمنتهى الصراحة، أنتم أحرار فى اختياركم للتعبير الذى تريدون أن تستخدموه، لأن كلا من التعبيرين ليس له نفس المعنى أو الخصائص، فحسب ما تقولون: تنازل عن الايجار، أو ايجار من الباطن. سوف تجدون أنفسكم أمام عمليتين قانونيتين مختلفتين تماما»[٧].

فى الواقع لم يكن هناك فى القانون الفرنسى القديم فرق بين التنازل عن الايجار والايجار من الباطن من حيث طبيعة العمل نفسه، وإنما كان الفرق موجودا من حيث الدرجة، أى من حيث المقدار الذى يقع عليه العمل. وعلى ذلك فإذا كان المستأجر قد قام بتأجير كل العين فإن ذلك يعتبر تنازلا عن الإيجار، وإذا كان الأمر قاصرا على تأجير جزء من العين عد ذلك إيجارا من الباطن.

ثانيا: موقف الفقه الحديث من التفرقة:

فى الوقت الحاضر فإن التفرقة بين التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن لم تفترض ولكنها تقابل فى الحقيقة التعقد المتزايد للعلاقات الاجتماعية فى المجتمعات الحديثة. فالتنازل عن العقد والتعاقد من الباطن، وغيرها من أنظمة حديثة، تعتبر وسائل فنية تترجم فى الواقع التعقد المتزايد للأنظمة القانونية

(6) note D. 1892. 2. 521.

(7) op. cit.

ذات الصياغة الفنية الدقيقة والتى تتميز بها القوانين الحديثة. ولذلك فإن مبدأ التفرقة لم يعد محل مناقشة أو خلاف، وإنما الخلاف ينحصر فقط فى تحديد معيار التفرقة بينهما.

ويذهب الفقه الحديث إلى تحليل مضمون كل من النظامين، من حيث الحقوق والإلتزامات، ويقيم التفرقة بينهما على أساس محل كل منهما. فأحدهما حوالة حق (حق الايجار) والذى يخضع لشرط تحمل الاعباء المقابلة[8]، والآخر هو عبارة عن ايجار، أى تأجير للحق فى الإيجار أو لجزء من هذا الحق. ويترتب على ذلك أن كلا منهما يخضع لنظام قانونى مختلف عن الآخر، فالأول يخضع لنظام التنازل والآخر يخضع لنظام الايجار، سواء من حيث انعقادهم أو إثباتهم أو آثارهم.

فى التنازل عن الإيجار لايوجد إلا عقد الإيجار الأصلى بين المؤجر والمستأجر، وبمقتضى اتفاق التنازل يحل المتنازل له محل المستأجر فى حقوقه والتزاماته الناشئة عن ذات هذا العقد. أمّا فى الايجار من الباطن فيوجد عقد إيجار أصلى ما بين المؤجر والمستأجر، ثم عقد ايجار من الباطن بين المستأجر الاصلى والمستأجر من الباطن، وما يترتب على ذلك من عدة نتائج:

١- فى التنازل عن الإيجار تكون الشروط واحدة فيما بين المؤجر والمستأجر، وفيما بين المتنازل له والمستأجر (المتنازل). أما فى الإيجار من الباطن فقد تختلف شروط الايجار فيما بين المؤجر والمستأجر عنها فيما بين المستأجر الأصلى والمستأجر من الباطن.

٢- يرتب الفقه على ذلك ضرورة اخضاع التنازل للإجراءات التى تخضع لها حوالة الحق وحوالة الدين (م ٣٠٥ مدنى مصرى والمادة ١٦٩٠

(8) Vo Planiol et Ripert, op. cit, t. 10 2e ed, par Tunc 1956, no 551. p. 764.

مدنى فرنسى والمادة ١/٣١٦ مدنى مصرى بالنسبة لحوالة الدين). وسوف نرى ذلك فيما بعد. أما بالنسبة للايجار من الباطن فيخضع لأحكام عقد الايجار.

٣- ومن حيث المحل فإن الايجار من الباطن، وليس التنازل، يمكن أن يكون جزئيا. كما أن المستأجر من الباطن، وليس المتنازل له، يمكن أن يدفع ايجارا مختلفا عن ايجار المستأجر الأصلى.

٤- ومن حيث الآثار، نجد أن المستأجر الأصلى، وليس المتنازل، له حق امتياز على ما يوجد فى العين المؤجرة من منقولات للمستأجر من الباطن.

٥- يجوز للمستأجر أن يؤجر العين من الباطن للمؤجر نفسه، أما إذا تنازل له عن الايجار فإن هذا يعد تقايلاً عن الايجار الاصلى.

٦- بالنسبة للاثبات فإن التنازل عن الإيجار يثبت طبقا للقواعد العامة، أما الايجار من الباطن، وبصفة خاصة فى العلاقة فيما بين الطرفين، لايجوز اثباتها الا طبقا لقواعد خاصة فى القانون الفرنسى.

وكما هو واضح فإن جهود الفقه فى التفرقة بين التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن قد تركزت فى نطاق عقد الايجار، ولكنها تعطى دلالة واضحة للمشكلة ككل.

ثالثا: المعيار المقترح للتفرقة

نحن نرى أن معيار التفرقة بين التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن يكمن فى طبيعة العملية القانونية.

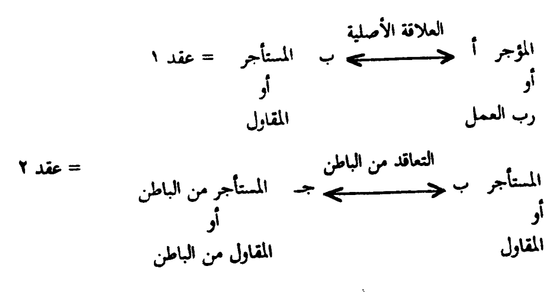
ففى التنازل عن العقد نجد أن هناك تنازلا عن الصفة التعاقدية، أو المركز العقدى فى رابطة عقدية موجودة من قبل، بحيث أن المتنازل له يحل محل المتنازل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات فى الرابطة العقدية

الموجودة، وكذلك ما يترتب على تلك الصفة من آثار ونتائج قانونية، أى عملية التنازل عن العقد ليست مجرد حوالة حق وحوالة دين كما يرى الفقه، وإنما هى شئ أكثر من ذلك. وتأخذ العملية القانونية الشكل الآتى:

أ	الرابطة العقدية القائمة ←→	ب	اتفاق التنازل ←→	جـ
(المتنازل لديه)		(المتنازل)		(المتناز له)
المؤجر		المستأجر		
رب العمل		المقاول		
↑	علاقة مباشرة			↑

وكما هو واضح من الشكل السابق فإنه يترتب على التنازل عن العقد أن تنشأ علاقة مباشرة ومتبادلة فيما بين المتنازل لديه (أ) والمتنازل له (جـ). ولكن يبقى السؤال قائم حول مدى براءة ذمة المتنازل (ب) فى مواجهة المتنازل لديه (أ) وهذه هى إحدى مشاكل التنازل عن العقد والتى سوف نعرض لها فيما بعد.

أما بالنسبة للتعاقد من الباطن، فإن أحد أطراف العقد، المقاول أو المستأجر، يتعاقد مع الغير، المقاول من الباطن أو المستأجر من الباطن، لينشئ علاقة قانونية جديدة موازية للعلاقة القانونية السابقة لاتختلط معها ولا تندمج فيها. وتنحصر هذه العلاقة الجديدة فيما بين المتعاقدين، المقاول أو المستأجر والغير فقط، فلا تنشئ علاقة مباشرة ومتقابلة، كما هو الحال فى التنازل عن العقد، بين الغير والمتعاقد الآخر فى العلاقة الأصلية، المؤجر أو رب العمل، وتأخذ هذه العملية الشكل الآتى:



وعلى ضوء هذا الرسم التوضيحى نجد أنه ليس هناك، نتيجة للتعاقد من الباطن، أية علاقة مباشرة بين (أ) المؤجر أو رب العمل و (جـ) المستأجر من الباطن أو المقاول من الباطن. كما أن (ب) المستأجر أو المقاول يبقى مسئولا فى مواجهة (أ) المؤجر أو رب العمل طبقا للعلاقة الأصلية، وبالتالى مشكلة براءة ذمة أى منهما من التزاماته ليست محل أى تساؤل، حيث أنه لا علاقة بين (أ) و (جـ). فإذا كان هناك إعفاء للمستأجر أو للمقاول (ب) من التزاماته، فإنه لابد وأن يقبل المؤجر أو رب العمل أن يكون المستأجر من الباطن أو المقاول من الباطن مدينا مباشرا له، فإن حدث ذلك، فإننا نكون بصدد حلول وبراءة ذمة للمدين الاصلى، وهذا يعنى إما تجديد للالتزام أو تنازل عن العقد وليس تعاقد من الباطن.

وإذا كان معيار التفرقة يرتكز على تخلف العلاقة المباشرة فى التعاقد من الباطن بين المتعاقد الآخر فى العلاقة الأصلية والغير، وإذا كان هذا المعيار يمكن أن يصطدم، مع ذلك، بعدة اعتراضات، فإن هذه الاعتراضات يسهل تفنيدها:

تفنيد الاعتراض الأول: وجود دعوى مباشرة:

فمثلا المادة ٥٩٦ مدنى تنص فى فقرتها الأولى على أنه «يكون المستأجر من الباطن ملزما بأن يؤدى للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتا فى ذمته للمستأجر الأصلى وقت أن ينذره المؤجر» (م ١٧٥٣ مدنى فرنسى)(٩). فهل يمكن أن نستنتج من ذلك وجود علاقة مباشرة بين المؤجر والمستأجر من الباطن؟ الاجابة على ذلك، بطبيعة الحال، تكون بالنفى وذلك راجع إلى أن هذه الدعوى ليست مقررة على سبيل التبادل وإنما مقررة فى اتجاه واحد من المؤجر الى المستأجر من الباطن، فهى تسمح للمؤجر أن يطالب المستأجر من الباطن بما هو ثابت فى ذمته للمستأجر الأصلى، لكنها لاتسمح للمستأجر من الباطن أن يطالب المؤجر باجراء الترميمات الضرورية مثلا، وإنما له أن يطالب المستأجر الاصلى بها. وعلى ذلك لايستطيع المستأجر من الباطن أن يطالب المؤجر بما يفرضه عليه عقد الإيجار الأصلى من التزامات، كما ليس له أن يطالبه به بطريق غير مباشر عن طريق المستأجر الأصلى. وهذا يؤكد المعيار المقترح وهو انتفاء العلاقة المباشرة فى التعاقد من الباطن بين المتعاقد الآخر فى العلاقة الأصلية والغير.

تفنيد الاعتراض الثانى: حق التجديد:

فى فرنسا نجد أن المادة ٢٢ من المرسوم بقانون فى ٣٠ سبتمبر ١٩٥٣ تجيز للمستأجر من الباطن أن يلجأ مباشرة إلى المؤجر ليطالبه بتجديد عقد ايجار المحل التجارى. لكن الفقه فى فرنسا يرى أن هذه الرخصة تتضمن، كما هو واضح من صريح النص، انهاءلعقد الايجار الأصلى، وعقد الإيجار من الباطن، ليحل محله عقد إيجار بين المستأجر الباطن (جـ) والمؤجر

---

(٩) أنظر أيضا المادة ١/٦٦٢ مدنى مصرى بالنسبة لعقد المقاولة، والمادة ١٢ من قانون ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ بالنسبة لعقد المقاولة فى فرنسا.

وخروج المستأجر الأصلي من هذه العلاقة(١٠). وما يؤكد هذه الحقيقة أنه طالما وجد عقد الايجار الاصلى، فإن المستأجر من الباطن ليس له أى علاقة مع المؤجر، وإنما علاقته أساسا مع المستأجر الأصلى (المادة ١/٢٢ من المرسوم).

تفنيد الاعتراض الثالث: البقاء فى العين المؤجرة:

فى فرنسا، نجد أن قانون أول سبتمبر ١٩٤٨ (م ٢/٤) يسمح للمستأجر من الباطن أن يطالب مباشرة المالك بالبقاء فى العين المؤجرة. ويرى الفقه أن هذا النص لايعنى أن هناك علاقة مباشرة بين المستأجر من الباطن والمؤجر، وذلك لأن المستأجر من الباطن لا يستند فى طلبه إلى سند عقدى، وإنما إلى صفته كشاغل للعين بحسن نية، وبالتالى الاستفادة من مركز قانونى، وهو البقاء فى العين(١١).

وبعد عرض هذه الاعتراضات وتفنيدها تأكد لنا سلامة المعيار المقترح للتفرقة بين التعاقد من الباطن والتنازل عن العقد. وسوف يتأكد لنا ذلك أكثر عند الدراسة التفصيلية لأحكام التنازل.

(10) Vo Chr. Larroumet, op. cit, no 91 note 15 p. 191.

(11) Vo Ph. Malaurie, op. cit, p. 88.

وانظر فى محاولات للتفرقة بين المقاولة من الباطن والتنازل عن المقاولة.

- Planiol., et Ripert, op. cit, t. x1, 2e éd par Rouast, Distinction exacte, no 929 p. 168 - 169.
- Baudry - Lacantinerie et Wahl, Traité de droit civil, t. xx11, 1907, Distinction mal conçue, no 4060, p. 1161.

المبحث الثاني: التنازل عن العقد والعمليات القانونية ذات الأشخاص الثلاثة التي قد تشتبه به

سبق أن بينا الفارق الواضح بين العملية القانونية ذات الاشخاص الثلاثة L'opération à trois personnes والعقد الملزم لثلاث أطراف le contrat trilateral، كعقد الشركة، والذى يتمثل فى أن العملية القانونية ذات الأشخاص الثلاثة ينشأ عنها ثلاث علاقات، أما العقد الملزم لثلاثة أطراف، فينشأ عنه علاقة قانونية واحدة ملزمة لثلاثة أطراف فى مراكز قانونية متماثلة.

وقد وجدنا أن التنازل عن العقد يعتبر من بين العمليات القانونية ذات الأشخاص الثلاثة. فالتنازل عن العقد ينشئ، علاوة على العلاقة الأصلية بين المتنازل والمتنازل له، علاقتين: إحداهما بين المتنازل والمتنازل لديه، والثانية بين المتنازل له والمتنازل لديه.

ومن الأنظمة القانونية ذات الأشخاص الثلاثة، والتى يمكن أن تختلط بالتنازل عن العقد، الإنابة، والتجديد، والاشتراط لمصلحة الغير[١٢]. كما يمكن أن يتشابه التنازل عن العقد بالنيابة. ففى النيابة نجد أن هناك علاقة

---

(١٢) أنظر فى هذا الخلط:

- Civ3. 5 juin 1970. rejet, D. 1970. 727; Bull. civ III no 387, qui qualifié la reprise de rente sans libération du débirentier, de délégation imparfaite; D'autres qualifié la reprise du contrat de fournitures, sans libération du débiteur initial de "cession dettes pour souligner qu'il ne s'agissait pas d'une novation, Com. 10 févr, 19 Bull. civ - IV, no 28; un autre décide que la reprise de prêt de de l'emprunteur. initial n'était pas une "novation par changement de débiteur, Com. 8 Juil 1975, Bull. Civ. Iv, no 195. ce que parait impliquer qu'il y aurait en novation si le débiteur avait été libéré.

قانونية تنشأ مباشرة بين الأصيل والغير المتعاقد مع النائب وذلك دون حاجة لوساطة النائب. ولكن رغم هذا التشابه الظاهرى نجد أن فى النيابة شخصية النائب ليس لهـا وجـود فى العـلاقـة، ليس لأنه خـرج منهـا، وإنمـا لأن لم يدخل فيها، حيث أنه لا يتعاقد باسمه ولحسابه، وإنما يتعاقد باسم ولحساب الأصيل. وهذا الاختلاف فى الطبيعة له أثر واضح فى تحديد النظام القانونى للنيابة وبصفة خاصة الدفوع ووسائل الدفاع المختلفة. ولكن التشابه يتزايد بين التنازل عن العقد والإنابة والتجديد والاشتراط لمصلحة الغير مما قد يؤدى الى الخلط أو للبس. ولذلك سوف نعرض تفصيلا للتمييز بين التنازل عن العقد وهذه الأنظمة القانونية قريبة الشبه به.

أولا: التنازل عن العقد والإنابة

كثيرا ما تدق التفرقة بين التنازل عن العقد والإنابة، وذلك لأن وجه الشبه بينهما كبير. ففى الإنابة نجد أن المدين يحصل على رضاء الدائن بشخص أجنبى يلتزم بوفاء الدين مكان المدين (م١/٣٥٩ مدنى مصرى) وممكن أن تأخذ الإنابة شكلا عمليا على النحو التالى: ففى عقد البيع الذى لم يكن المشترى قد دفع فيه الثمن. فإنه يمكنه أن يبيع الشئ مرة ثانية ويحصل على موافقة المتصرف اليه بدفع الثمن الذى فى ذمته إلى البائع. وفى هذا المثال نجد أن المتصرف اليه يعتبر منابا من قبل المشترى الذى يسمى منيبا، فى مواجهة البائع، والذى يسمى منابا لديه. بعد ذلك نجد أن هذه الإنابة قد تكون كاملة أو إنابة قاصرة بحسب ما إذا قبل البائع أو لابراءة ذمة المشترى فى مواجهته: فإذا قبل فإن المشترى يختفى من هذه العلاقة ولايكون مسئولا أمام البائع، المناب لديه، سوى المتصرف إليه، المناب، وهذه هى الإنابة الكاملة أو التامة. أما إذا لم يقبل فإن يصبح للبائع، المناب لديه، مدينان، المشترى، المنيب، والمتصرف إليه، المناب، وهذه هى الإنابة القاصرة أو الناقصة.

والفارق الجوهرى بين الإنابة والتنازل عن العقد يكمن فى أن الإنابة، كاملة أو ناقصة، لا تنقل الالتزام وإنما تنشىء علاقة قانونية جديدة بين المناب والمناب لديه[١٣]. أما فى التنازل فإن العلاقة القانونية القائمة، وبما ينشأ عنها من حقوق والتزامات هى التى تنتقل من المتنازل إلى المتنازل له. ويترتب على ذلك أننا نجد أن دستور الإنابة، كاملة أو ناقصة، هو تجريد العلاقة فيما بين المناب والمناب لديه، بمعنى أن يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحا ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا، أو كان هذا الالتزام خاضعا لدفع من الدفوع، ولايبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب، هذا مالم يوجد اتفاق يقضى بغيره (م ٣٦١ مدنى مصرى).

ففى الإنابة، عند رجوع المناب لديه على المناب بالالتزام الجديد، لا يستطيع الثانى أن يحتج على الأول بالدفوع التى كان يستطيع أن يحتج بها على المنيب فى الدين الذى للمنيب فى ذمة المناب، فإنه لاتوجد علاقة بين هذا الدين وبين الالتزام الجديد الذى نشأ فى ذمة المناب للمناب لديه. ويعتبر الالتزام الجديد التزاما مجردا obligation obstraite بالنسبة إلى الالتزام الذى فى ذمة المناب للمنيب[١٤].

أما بالنسبة للتنازل عن العقد فإن نفس الرابطة القانونية القائمة بين المتنازل والمتنازل لديه هى التى تنتقل إلى المتنازل له، ومن ثم تنتقل بنفس

(13) Comp. Marty et Raynaud. op. cit, t. II, no 802 p. 807.

(14) Marty et Raynaud, op. cit. no 842, B. Starck, op. cit, no 2376; Capitant, la Cause des obligations, 1925, no 179; Comp. toutefois, Mazeaud, op. cit, t II no 1246; A. Rieg, in rep. civ. 2e éd, 1971, Vo Délégation, no 34; Vo Contra. Maury, in Rep. civ. 2e éd, 1970, Vo Cause, no 179.

وانظر فى نفس هذا المعنى فى الفقه المصرى السنهورى، المرجع السابق، جزء٣، فقرة ٥٢٤ ص ٨٧٠.

طبيعتها وخصائصها وما يرد عليها من دفوع وما يضمنها من تأمينات.

ففى التنازل يستطيع المتنازل لديه أن يدفع ببطلان هذه العلاقة، أو بفسخها، وأن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ فى مواجهة المتنازل له، كما كان له أن يتمسك بكل ذلك تماما فى مواجهة المتنازل، وبالمثل فإن للمتنازل له أن يتمسك بكل ذلك فى مواجهة المتنازل لديه. كما أن المتنازل لديه يستطيع أن يتمسك بما له من امتياز فى مواجهة المتنازل له. ولكن قد تدق التفرقة إذا ما اتفق فى الانابة على بقاء التأمينات أو الدفوع. ولكننا نتساءل أى انابة هذه؟ ! فلو تم الأتفاق على ذلك فلم يبق لهذه العملية القانونية من الإنابة إلا الاسم(١٥).

وبالرغم من وضوح هذه التفرقة من الناحية النظرية، إلا أننا نجد أن هناك خلط واضح فى استعمال كل من الانابة والتنازل عن العقد فى القضاء الفرنسى وفى الحياة العملية. فنجدهم غالبا ما يطلقون لفظ الانابة على عمليات قانونية ليست فى الحقيقة إلا تنازلا عن العقد، وبالمثل نجد أنه بالرغم من أن كثير من الأحكام تتكلم عن التنازل عن العقد(١٦) إلا أن بعضها يتكلم عن حوالة الدين(١٧) والبعض الآخر يتكلم عن الإنابة(١٨). وأخيرا البعض يتكلم عن التجديد بتغيير المدين(١٩) وذلك كله عن حالات

(١٥) أنظر فى ذلك مع أسلوب فيه كثير من السخرية
Vo Ph.Malaurie. op. cit, p 26 et p. 41.

(16) Civ 7 Jan 1947, J. C. P. 1947 II, 3510, note Becqueé; D. 1947, 201; Rev. tr. dr. civ 1947, 201; obs. J: Carbonnier; Soc: 9 nov: 1956; Caz, Pal. 1957. I. 120; Rev. tr. dr. Civ. 1557; 356, obs. J. Carbonnier.

(17) Com. 10 févr. 1957; Bull. civ. IV, no 38.

(18) Civ 3, 5 Juin . 1970. Bull. civ. III, no 387; Civ. 29 juin 1972, ibid, no 140.

(19) Com. 8 Juil 1975, Bull. civ. IV, no 195.

ليست في الواقع إلا تنازلا عن العقد كما أن الفقه لم يسلم من هذه الخلط[٢٠].

ثانيا: التنازل عن العقد والتجديد

يتم التجديد أما بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبى على أن يكون هذا الأجنبى هو الدائن الجديد، وأما بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبى على أن يكون هذا الأجنبى مدينا مكان المدين الأصلى دون حاجة لرضائه أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى قبل أن يكون هو المدين الجديد. وإما بتغيير الدين إذا اتفق الدائن والمدين على أن يستبدلا بالالتزام الأصلى التزاما جديدا يختلف عنه فى محله أو فى مصدره (م ٣٥٢ مدنى مصرى)[٢١].

ونقطة التقاء التجديد بالتنازل عن العقد تنحصر فى الصورتين الأوليتين، التجديد بتغيير الدائن ويقابل حوالة الحق، والتجديد بتغيير المدين ويقابل حوالة الدين، حيث إن فى كل من التجديد والتنازل يتم تغيير كل من المدين والدائن. وقد لجأ بعض الفقهاء إلى نظرية التجديد، وذلك بما فيها الأثر المنهى. وقد استندوا فى ذلك إلى عدة أحكام وهذه الإدانة كانت فى الحكم الأخير أوضح وأكثر صراحة للتجديد، وذلك بما فيها الأثر المنهى. وقد استندوا فى ذلك إلى عدة أحكام قضائية[٢٢].

---

(20) Vo Dagot, la novation par le changement de débiteur, et le droit hypothécaire, J. C. P. 1975. I. 2693. Precigout, J.C:P: 1974 éd N. 5657; Vo aussi Roulet et peisse, Gaz. pal 21 avr. 1975 p. 720 col concernant la sous traitance.

(21) Christiane Pactet, De la réalisation de la novation, Rev. tr. dr. Civ. 1975, 657 no 49 et 50.

(22) Soc. 6 Jan. 1960, Bull. civ. IV, no 7, qui a qualifié l'opération "de novation par changement de débiteur de" novation par =

وما يجب أن نشير اليه هنا هو الأهمية العملية للرجوع إلى المراجع التى لجأ اليها هؤلاء الفقهاء، ليس فقط للتحقق من صحتها من الناحية المادية المحضة، وإنما أيضا للتحقق من الاستنتاج الذى انتهوا اليه. وبالرجوع إلى هذه الأحكام اتضح أنها ليس لها نفس الدلالة التى أعطاها لها هؤلاء الفقهاء. فلنر ذلك بشئ من التفصيل.

- ففى حكم محكمة النقض الفرنسية فى ٢٧ فبراير ١٩٥٩[٢٢]

كانت المسألة المطروحة هى معرفة ما إذا كان المؤجر قد قبل أن يتحول المستأجر من الباطن فيما بعد إلى مستأجر أصلى، ربما الأمر يتعلق بالتجديد، الا أنه لايتعلق بالتأكيد بالتنازل عن الايجار، ومن ثم لايمكن أن تستند الى هذا الحكم فيجعل التنازل عن الإيجار نوعا من التجديد.

- فى حكم محكمة النقض الفرنسية فى ٢٤ فبراير ١٩٥٨[٢٣]

كان الأمر يتعلق بمعرفة ما إذا كان إعطاء المؤجر ايصالا للمستأجر يعتبر فى حد ذاته قبولا للتنازل، وكان ذلك باعتباره مسألة عارضة، ولترفض محكمة النقض ذلك قد جاء فى حكمها «أن التنازل عن الحق أو التجديد عن طريق تغيير المستأجر لا يفترض» ونحن نرى أن التنازل عن العقد لايمكن أن يكون

= substitution d'un noveau débiteur de loyer"; Soc. 5 oct. 1960, ibid no 809 "de novation par changement de locataire; Soc. 24 oct. 1958, ibid, IV, no 1087, "de novation par changement de personne"; Soc. 27 fèvr 1959; ibid, no 318, on pourra ajouter à cette liste l'arrêt de la 3ème chambre civil du 21 Janvier 1976; Gaz. Pal. 24 mars 1976; panorama de la Cour de Cassation p. 12, qui peut être rapproché de celui d'octobre 1958.

(٢٢) السابق الاشارة إليه فى هامش ٢١

(٢٣) السابق الاشارة اليه فى هامش ٢١

تجديدا.، وذلك لأنه فى هذه الحالة سيكون تجديدا بتغيير الدائن والمدين فى نفس الوقت، وهذا أمر يجهله القانون المدنى الفرنسى، ومن ثم فإن هذا التكييف يعتبر غير صحيح.

بل أكثر من ذلك نجد أن قاضى الموضوع قد حكم بأنه لايوجد تنازل عن العقد،ولا تجديد. ولأجل ذلك نجد أن محكمة النقض اضطرت إلى الكلام عن التجديد وذلك لتقرر أنه فى الواقع لا يوجد هذا التجديد. وعلى ذلك لايصح أن نستخلص من ذلك بمفهوم المخالفة أنه من الناحية القانونية تعتبر هذه العملية نوعا من التجديد. ولهذا يجب أن نقرر أن الاستنتاج من مجرد حيثية واحدة من الحكم للاستناد إليها فى تدعيم وجهة النظر المدافع عنها تعتبر طريقة سيئة فى الاستنتاج والتفسير.

حكم محكمة النقض الفرنسية فى ٢١ يناير سنة ١٩٧٦[٢٤] ولمعرفة حقيقة حكم ٢٤ أكتوبر ١٩٥٨ يجب أن نقربه من الحكم الصادر فى ٢١ يناير ١٩٧٦ والذى كان يتعلق أيضا بمعرفة ما إذا كان قبول المؤجر للايجار المدفوع من المتنازل له يؤدى إلى براءة ذمة المتنازل. وقد حاول الطعن فى الحكم، وبطريقة لا سند لها من القانون، أن يصور الأمر على أنه تجديد. فرفضت محكمة النقض الفرنسية الطعن، وحتى دون أن تتكلم على الإطلاق عن التجديد، على أساس أن «استلام ايجار الشهر المدفوع من الغير لايفيد قبول المؤجر هذا الغير محل المستأجر فى الالتزامات الناشئة عن عقد الايجار».

وعلى ذلك يصعب أن نرى فى هذه الأحكام تشبيه التنازل عن الايجار بالتجديد. وهذا الانطباع العام يؤكده لنا الحكم الذى ستعرض له الآن.

(٢٤) السابق الإشارة إليه فى هامش ٢١.

حكم محكمة النقض الفرنسية فى ٥ أكتوبر سنة ١٩٦٠[٢٥]: وقد كان الأمر يتعلق بمعرفة ما إذا كان المستأجر قد تحولت صفته إلى مستأجر من الباطن، الأمر الذى يبدو شاذا أو غريبا. فى الحقيقة هذه القضية كانت غامضة بعض الشئ، ويبدو أن المؤجر قد قام بتأجير شقة إلى المستأجر، ثم بعد ذلك قام بتأجير العقار كله إلى مستأجر آخر، ثم ادعى أن المستأجر الأول قد أصبح، عن طريق التجديد، مستأجرا من الباطن للمستأجر الثانى، ودون أن يرغب فى ذلك وذلك تطبيقا للمادة ١٢٧٤ مدنى فرنسى والتى تنص على أن «التجديد بتغيير المدين يمكن أن يتم دون موافقة المدين الأول».

وقد انتهت محكمة النقض إلى العكس، وقالت إن حلول المستأجر الجديد محل المؤجر الاصلى لايعتبر تجديدا بتغيير المدين. هذا النوع من التنازل عن الايجار، والذى هو محل النزاع، لايعتبر تجديدا. فهذا الحكم يقابل تماما بين التنازل عن الايجار والتجديد. وبالتالى يتضمن التفرقة بين التنازل عن العقد والتجديد.

حكم محكمة النقض الفرنسية فى ٦ يناير سنة ١٩٦٠[٢٦] وهذا الحكم له دلالة قطعية فى هذا الصدد، حيث أنه تعرض مباشرة للمسألة التى يهمنا بحثها الآن. فقد أدعى فى الطعن المقدم أن التنازل عن الايجار ينبغى تحليله على أساس أنه مجرد تجديد. وقد أدانت الدائرة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية تشبيه التنازل عن الإيجار بالتجديد. واستطردت محكمة النقض قائلة، إن الاتفاق محل النزاع يجب تحليله، وكما أكده الحكم المطعون فيه، على أنه تنازل عن العقد أصبح تاما برضاء المؤجر. وعلى ذلك

(٢٥) السابق الاشارة اليه فى هامش ٢١.

(٢٦) الحكم السابق الاشارة اليه فى هامش ٢١

يصبح من غير المجدى ما أبداه الطعن من اعتبار هذه العملية ليست إلا تجديدا بتغيير المدين».

ويلاحظ على هذا الحكم أنه لم يقتصر على إدانة التكييف غير الصحيح فقط وإنما أيد تكييف قاضى الموضوع، والذى ذهب إلى اعتبار أن الاتفاق محل النزاع إنما هو تنازل عن العقد. وبذلك لم يصبح اصطلاح التنازل عن العقد مجرد اصطلاح فقهى، وإنما أصبح كذلك اصطلاحا قضائيا يتردد كثيرا فى أحكام القضاء الفرنسى والتى جذبت انتباه الفقهاء[٢٧].

بعد هذا التوضيح لموقف القضاء الفرنسى، فإننا يمكننا أن نؤكد على حقيقة ثابتة هو أن التجديد يترتب عليه انقضاء الالتزام الأصلى وينشئ مكانه التزاما جديدا بتغيير الدائن أو المدين، بينما التنازل عن العقد عبارة عن حلول المتنازل له محل المتنازل فى نفس الرابطة القانونية الموجودة من قبل، وبما ينشأ عنها من التزامات وحقوق، وتحتفظ هذه الرابطة بكل مقوماتها وخصائصها، كما تنتقل بضماناتها وصفاتها ودفوعها. أما فى التجديد فيحل محل الالتزام الأصلى التزاما جديدا بضمانات وصفات ودفوع تختلف عن تلك التى كانت للالتزام الأصلى[٢٨]. ومن هذا العرض يتبين لنا أفضلية التنازل عن التجديد[٢٩].

---

(27) Civ. 7 Janv. 1947; J.C.P. 1947: II: 3510. note Becqué, Rev: tr: dr. civ. 1947, 201. Janv.obs. J. Carbonnier; Soc 12 nov. 1954; D: 1955, 22, Rev. tr. dr. civ. 1955 334, obs: J: Carbonnier; Soc: 9 nov: 1956, Gaz. Pal.., 1957. 1. 120, Rev. tr civ 1957: obs. J: Carbonnier.

(٢٨) انظر المادة ٣٥٦ مدنى مصرى والمادة ١٢٧١ مدنى فرنسى وما بعدها.

(٢٩) انظر السنهورى، المرجع السابق، جزء ٣، فقرة ٢٤٢ ص ٤٣٩.

ثالثا: التنازل عن العقد والاشتراط لمصلحة الغير:

يبدو فى الظاهر أن هناك تشابها بين الاشتراط لمصلحة الغير والتنازل عن العقد، وخاصة من حيث إنه فى التنازل عن العقد نجد حلول شخص محل آخر، بأن يحل المتنازل له محل المتنازل، وفى الاشتراط لمصلحة الغير حيث إن المستفيد، وهذا هو تشابه ظاهرى، يحل محل المشترط. ولذلك نجد أن بعض الأحكام القضائية فى فرنسا قد ذهبت إلى تكييف التنازل عن الوعد بالبيع بأنه اشتراط لمصلحة الغير(٣٠).

بل وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن التنازل عن الايجار يعتبر أساسا حوالة حق، ولايمكن، فى نظرهم، أن يعتبر حوالة دين، حيث أن حوالة الدين لا يعرفها القانون الفرنسى. ويترتب على ذلك أن الدين لم تتم حوالته، وبالتالى يبقى المستأجر هو الملتزم بالأجرة ولا يستطيع المؤجر أن يطالب المتنازل له بها(٣١). وقد لفت نظر هؤلاء الفقهاء ما للمؤجر من دعوى مباشرة قبل المتنازل له، وقد فسروا ذلك بأن هناك اشتراط لمصلحة الغير ضمنى بين المتنازل والمتنازل له، يلتزم هذا الأخير بمقتضاه بدفع دين المستأجر، وبطبيعة الحال، فإنه ليس هناك ما يمنع من استمرار، المتنازل، من حيث المبدأ، فى الالتزام بدفع الأجرة. أما إذا أبرأ المؤجر المستأجر من التزامه بدفع الأجرة فإن العملية تصبح إنابة وليس تنازلا عن الإيجار. وقد تعرض هذا الرأى لانتقادات شديدة(٣٢).

---

(30) Civ. 3 2 Juill 1969. D. 1970, 150. note Aubert.

(31) H. L. et J. Mazeaud. Leçons de droit civil, par M. de Juglart, t. III, 4e éd, no 1081; Vo P. Van Ommeslaghe, la transmission des obligations en droit positif belge. in la transmission, op. cit, no 69 P. 167.

(32) Marty et Raynaud, op. cit, t. II, no 831, p. 831.

ويمكن أن نلخص الانتقادات التى وجهت إلى هذا الرأى فيما يلى:

١ - إن الاشتراط لمصلحة الغير يكسب حقوقا دون أن يحمل الغير بالتزامات. ولايوجد شئ من ذلك فى التنازل عن العقد، وبصفة خاصة الملزم للجانبين، حيث إن التنازل له يحل محل المتنازل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات فى نفس الوقت.

٢- أن الاشتراط لمصلحة الغير يعطى للمستفيد حقا مباشرا فى مواجهة المتعهد دون أن يمر بذمة المشترط. وليس هناك شيئا من ذلك فى التنازل عن العقد، حيث أن المتنازل ينقل ما فى ذمته من حق ثابت الى المتنازل له، إلى جانب ما عليه من التزامات متقابلة بطبيعة الحال.

٣- فى الاشتراط لمصلحة الغير ينشأ للمستفيد حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط، وهذا الحق مستمد من عقد الاشتراط متى تم هذا العقد صحيحا. وينشأ هذا الحق للمستفيد دون حاجة إلى قبوله. ولا يتضمن التنازل عن العقد شئ من ذلك، حيث أن المتنازل له لايكتسب أى حق إلا بتعاقده هو شخصيا أو من ينوب عنه.

٤- فى الاشتراط لمصلحة الغير ينشأ للمستفيد حقا مباشرا قبل المتعهد. وهذا الحق يختلف عما يكون ثابتا للمستفيد قبل المشترط. ولايوجد شئ من ذلك فى التنازل عن العقد، حيث أن المتنازل له لايكتسب قبل المتنازل لديه الا ما هو ثابت من حق للمتنازل.

ويمكننا أن نجمل القول فى أن المناب فى الإنابة، والمستفيد فى الاشتراط لمصلحة الغير يكتسبان حقا ذاتيا جديدا، وذلك بخلاف المتنازل له الذى يكتسب ما للمتنازل من حقوق وما عليه من التزامات قبل المتنازل لديه.

الباب الثانى
أحكام التنازل عن العقد

بعد عرض حالات التنازل وتحليلها، ومن ثم الوقوف على الطبيعة القانونية للتنازل، استطعنا التمييز بين التنازل عن العقد، وما قد يشتبه به من أنظمة قانونية. وقد حان الوقت الآن لمعرفة الأحكام القانونية للتنازل. وسوف نعرض لهذه الأحكام فى فصلين على التوالى:

الفصل الأول: وجود التنازل عن العقد ونفاذه.

الفصل الثانى: آثار التنازل عن العقد.

الفصل الأول: وجود التنازل عن العقد ونفاذه

من الثابت أن التنازل الاتفاقى عن العقد ليس إلا عقدا، ومن ثم يجب أن يتوافر فيه، علاوة على الشروط العامة الواجب توافرها فى كل عقد، شروط خاصة تتفق وطبيعته. بالإضافة إلى ذلك نجد أن التنازل بمقتضاه يحل المتنازل له محل المتنازل فيما له من حقوق والتزامات فى علاقة قانونية قائمة، أحد أطراف هذه العلاقة، المتنازل لديه، ليس طرفا فى اتفاق التنازل، فى غالب الأحوال، ولذلك تثور مشكلة كيفية نفاذ هذا الاتفاق فى مواجهته. وعلى ذلك سوف تنقسم الدراسة فى هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: شروط التنازل عن العقد.

المبحث الثانى: اجراءات وشروط نفاذ التنازل عن العقد.

المبحث الأول

شروط التنازل عن العقد

سبق أن قلنا إن التنازل الاتفاقى عن العقد يعتبر فى ذاته عقدا، ومن ثم يستلزم توافق ارادتين. بين المتنازل والمتنازل له. كما أن هذا الاتفاق يرد على محل معين وله سبب معين.وهذه هى الشروط العامة الواجب توافرها فى كل عقد، لكن يجب أن نعرض لها بشئ من التفصيل، وذلك لمعرفة ما إذا كان لذاتية التنازل أثر عليها. ثم نعرض بعد ذلك للشروط الخاصة بالتنازل عن العقد.

المطلب الأول

الشروط العامة

ونقصد بها الشروط الواجب توافرها فى كل عقد، وهى التراضى والمحل والسبب. ولنتكلم الآن بشئ من التفصيل عن التراضى والمحل والسبب فى التنازل عن العقد.

أولا: التراضى

حيث إن التنازل عن العقد تتولد عنه علاقات ثلاثية، لذلك يجب أن نحدد بدقة الرضا المطلوب لانعقاد عقد التنازل.

بطبيعة الحال يبدأ التنازل عن العقد بمفاوضات بين المتنازل له. وتدور هذه المفاوضات حول شروط هذا التنازل. فإذا ما انتهت هذه المفاوضات الى تلاقى ارادتيهما، يوجد لدينا اتفاق بين طرفين على التنازل. وهذا الاتفاق يهدف إلى حلول المتنازل له محل المتنازل فيما له من حقوق والتزامات فى الرابطة العقدية القائمة من قبل بين المتنازل والمتنازل لديه.

ويعتبر التنازل عن العقد عقدا رضائيا لايلزم لانعقاده اشتراط أى شكل خاص. كما أن اثباته يخضع للقواعد العامة فى الاثبات.

لكن يجب أن تكون إرادة كل من الطرفين فى اتفاق التنازل خالية من العيوب. الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، فإذا ماشاب إرادة أى من الطرفين عيب من هذه العيوب فإن عقد التنازل يكون قابلا للإبطال لمصلحة من تعيبت إرادته[١].

وغالبا ما يتم الاتفاق صراحة على التنازل عن العقد بين المتنازل له والمتنازل. لكن ليس هناك ما يمنع من أن يتم هذا الاتفاق ضمنا، بأن يستفاد من مسلك كل من الطرفين، كاتخاذ مواقف ايجابية من جانب كل منهما يمكن أن يستشف منها اتجاه ارادتهما إلى إبرام اتفاق التنازل، كاعطاء السند المثبت للعقد المتنازل عنه، ووجود مراسلات متبادلة بين الطرفين تتعلق بكيفية تنفيذه، أو أن يقوم المتنازل له بتنفيذ العقد. ولكن ينبغى التحرز فى تقدير هذه المواقف وتحديد مداها، اذ يلزم أن تكشف بوضوح عن ارادة الطرفين.

والتنازل عن العقد يعتبر بالنسبة للمتنازل، عمل من أعمال التصرف، وبناء عليه يجب أن يتوافر لديه أهلية التصرف. أما بالنسبة للمتنازل له، فإن الأمر يتعلق باكتساب عقد ملزم للجانبين. يتضمن التزامات واجبة التنفيذ، ولذلك يجب أن يتوافر لديه أهلية الالتزام[٢].

(١) انظر فى نفس هذا المعني:

Ch. Lapp. Encyclopédie Dalloz 1970, Vo Cession de contrat, no 20 p. 2.

(2) Vo Ch. Lapp. Encyclopédie Dalloz, op. cit, no 21 p.2

وقارن السنهورى، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٥٣ ص ٦٦٤.

ويترتب على ذلك أنه إذا كان هناك نيابة فى التنازل، فإن طبيعة التنازل، كعمل من أعمال التصرف أو كعمل من أعمال الإدارة، تحدد نوع الوكالة، خاصة أو عامة، كما أنها تحدد مدى سلطات النائب في النيابة القانونية.

لكن يجب أن نشير هنا إلى أن للطبيعة الخاصة للتنازل انعكاس مباشر على كيفية انعقاده. وذلك مرجعه إلى أن التنازل عن العقد يجعل المتنازل له طرفا، محل المتنازل، فى علاقة قانونية قائمة يكون طرفها الآخر معه المتنازل لديه. فالسؤال الآن هل يلزم رضاء المتنازل لديه بهذا التنازل؟ وإذا كانت الإجابة على هذا السؤال بالإيجاب، فما هو مدى رضاء المتنازل لديه فى اتفاق التنازل ودوره؟

والسبب فى التساؤل الأول يرجع إلى أنه بمقتضى التنازل يصبح المتنازل له دائنا بالحقوق الناشئة عن العقد المتنازل عنه فى مواجهة المتنازل لديه، كما أنه يعتبر فى نفس الوقت مدينا بالالتزامات المتقابلة والناشئة عن نفس العقد فى مواجهة المتنازل لديه. وهذا يعنى أنه بحلول المتنازل له محل المتنازل فى العلاقة القانونية القائمة قد تغير شخص الدائن والمدين بالنسبة للمتنازل لديه.

فبالنسبة لتغيير شخص الدائن فإن أمره لايهم المدين بنفس الدرجة التى يهم بها تغيير شخص المدين بالنسبة للدائن. وعلى ذلك فإن المتنازل لديه لا يلزم أن يرضى بالدائن، المتنازل له، وإنما يكفى أن يعلم أو يقر هذا التغيير. أما بالنسبة لتغيير المدين، نتيجة التنازل، فإن المتنازل لديه لايجبر على قبوله حتى ولو كان أكثر يسارا من المدين الأول، ولذلك لابد من رضاء المتنازل لديه بهذا المدين. وحيث أنه فى العقود الملزمة للجانبين يكون كل من الطرفين دائن ومدين فى نفس الوقت، فإن هذا يكشف عن جانب آخر من

جوانب تعقيد مشكلة التنازل عن العقد. وسوف نعرض لذلك تفصيلا عند الكلام عن نفاذ التنازل عن العقد للارتباط الشديد بينهما كما سوف نرى.

ولكن هذا التحليل لايكفى لحسم هذه المشكلة، اذ يبقى التساؤل قائما حول مدى قبول المتنازل لديه فى اتفاق التنازل ودوره، فهل هو شرط لقيام التنازل ذاته؟ بحيث إن تخلفه يجعل عقد التنازل لا وجود له من الناحية القانونية، أم أنه مجرد شرط لنفاذه فى مواجهة المتنازل لديه، بحيث تخلفه يجعل اتفاق التنازل غير نافذ فى مواجهة المتنازل لديه، ولكن هل عدم النفاذ ينصب على الحقوق والالتزامات، أم ينصب فقط على الالتزامات؟ وحيث إن هذا الموضوع يحتاج إلى تفصيل أكثر فسوف نرجئ الحديث عنه إلى المبحث الخاص بنفاذ التنازل عن العقد وذلك للارتباط الوثيق بينهما.

ثانيا: المحل:

سبق أن رأينا أن التنازل الاتفاقى عن العقد له صفة العقود الملزمة للجانبين من ناحيتين، من ناحية عقد التنازل نفسه، من حيث اعتباره مصدرا لالتزامات متبادلة ومتقابلة، كما سوف نرى فيما بعد، ومن ناحية محله، حيث إن محل التنازل ذاته يكون عقدا ملزما للجانبين.

فمن حيث إن محل التنازل هو العقد الملزم للجانبين ذاته، فإنه قد يعترض على ذلك بالقول بأن محل التنازل ليس العقد ذاته، وإنما حقوق والتزامات المتعاقد. فالعقد ليس فى حقيقته رابطة قانونية، وإنما بالأحرى هو مصدر لهذه الروابط، وأن الرابطة القانونية الحقيقية والتى تقبل التنازل هى الالتزام. وإذا كان هذا الاعتراض له وجاهته من الناحية المنطقية البحتة إلا أننا لنا عليه عدة ملاحظات:

أولا: أن التنازل عن العقد أصبح مصطلحا قانونيا شائعا فى الحياة العملية والعلمية، وربما لأن هذا المصطلح رغم شدة اختصاره إلا أنه ناطق

بذاته، ومعبر بطريقة وافية، عن العملية القانونية المتضمن لها.

ثانيا: أن التنازل عن عقد ملزم للجانبين، ليس له إلا محل واحد وهو العقد الذى ينشئ التزامات وحقوق متقابلة بين طرفيه، مؤجر ومستأجر، رب عمل وعامل.. الخ، وهذا ما يميزه عن التنازل عن العقد الملزم لجانب واحد والذى لايعدو أن يكون حوالة حق أو حوالة دين بحسب ما ينشئه هذا العقد من حق أو التزام.

ثالثا: أن التنازل عن العقد لايتضمن، حوالة حق وحوالة دين فى آن واحد. فالتنازل لايؤدى إلى تجزئة العقد المتنازل عنه، وإنما يرد على الرابطة العقدية برمتها وبما تتضمنه من حقوق والتزامات، وأيضا بما تشتمل عليه من حقوق ترخيصية، وما يترتب عليها من إكساب صفة معينة لأحد المتعاقدين، أو غير ذلك من النتائج والآثار القانونية.

فالمتنازل ما قبل التنازل عن حقوقه إلا لأن المتنازل له سيتحمل عنه الالتزامات المقابلة لهذه الحقوق، والمتنازل له ما قبل التحمل بالالتزامات الا لأنه مستفيدا بالحقوق المقابلة لها. اذن جوهر التنازل عن العقد الملزم للجانبين هو التنازل عن المركز العقدى أو الصفة العقدية فى الرابطة القانونية القائمة، وما يترتب على ذلك المركز أو هذه الصفة من حقوق والتزامات وآثار قانونية. فالمتنازل يتنازل عن مركزه العقدى أوصفته العقدية فى العقد الملزم للجانبين، أى باعتباره دائن ومدين فى نفس الوقت.

ثالثا: السبب:

إن التنازل عن العقد هو فى ذاته عقد. وهذا العقد يعتبر من العقود الملزمة للجانبين. كما أن محل هذا العقد هو أيضا عقد ملزم للجانبين. وعلى ذلك فإنه بالنسبة لسبب عقد التنازل فإن الأمر لايخلو من أحد فروض ثلاثة:

الفرض الأول: هو أن يتم التنازل عن العقد بمقابل. وفى هذه الحالة فإن سبب التزام المتنازل بالتنازل عن العقد، حقوقا والتزامات، هو الحصول على المقابل. كما أن سبب التزام المتنازل له بدفع المقابل هو الحلول محل المتنازل فى الرابطة العقدية القائمة، حقوقا والتزامات. بالاضافة إلى ذلك فإنه يجب أن يكون الباعث الدافع إلى هذا التنازل مشروعا.

الفرض الثانى: هو أن يتم التنازل عن العقد بدون مقابل. بمعنى أن يحل المتنازل له محل المتنازل فيما له من حقوق ويتحمل ما عليه من التزامات دون أن يدفع المتنازل له أى مقابل لهذا التنازل. فهل يمكن القول أيضا بأن هذا العقد يعتبر هبة؟ إذا نظرنا إلى حقيقة الأشياء نجد أن هناك التزامات وحقوقا متقابلة بين المتنازل والمتنازل له، فهناك تنازل عن الالتزام من جانب والتحمل بهذا الالتزام من جانب آخر. كما أن تنازل المتنازل عن حقوقه يقابله تحمل المتنازل له بالالتزامات. وتحمل المتنازل له بالالتزامات يقابله الاستفادة من الحقوق المقابلة والناشئة عن نفس العقد. فبالرغم من انتفاء المقابل فى عقد التنازل، فإنه مع ذلك لايمكن القول بأن هذا العقد يعتبر هبة، وذلك بسبب التقابل فى الأداءات وهو ما يتعارض وطبيعة عقد الهبة. ونجد فى هذه الحالة أن سبب تنازل المتنازل عن حقوقه هو تحمل المتنازل له بالتزاماته الناشئة عن ذات العقد، وسبب تحمل المتنازل له بالالتزامات هو - الاستفادة من الحقوق المقابلة لها، وذلك لأن جوهر التنازل وهدفه هو الحلول فى العلاقة القانونية القائمة.

الفرض الثالث: أن يتم التنازل عن العقد دون مقابل، على أن يحل المتنازل له محل المتنازل فى حقوقه ويتحمل بالتزاماته. والجديد فى هذا الفرض أن المتنازل لديه لايقر هذا التنازل. كذلك يبقى المتنازل ملتزما بالتزاماته الناشئة عن العقد المتنازل عنه قبل المتنازل لديه. فالسؤال الآن هل

يوجد في هذه الحالة أيضا تقابل في الالتزامات؟ ومن ثم يكون هذا التقابل هو سبب الالتزام؟ نستطيع أن نقرر وجود مثل هذا التقابل، وإن كان أقل وضوحا مما سبق، وذلك لأن المتنازل له ملتزم، طبقا لعقد التنازل، بأن يتحمل العبء النهائي للالتزام. فإذا كان المتنازل ملتزما بالالتزامات الناشئة عن العقد المتنازل عنه في مواجهة المتنازل لديه، إلا أنه في النهاية العبء كله سيقع على المتنازل له وحده.

وعلى ذلك يمكن القول أنه يوجد في هذا الفرض، من الناحية الاقتصادية والقانونية، انتقال للدين أو للالتزام، ولكن هذا الانتقال غير نافذ في مواجهة المتنازل لديه. كما أنه يوجد، في حدود معينة، تقابل في التزامات المتعاقدين. وسبب التنازل يكمن اذن في التقابل في التزامات المتعاقدين.

وفي جميع الأحوال يجب أن يكون الباعث الدافع إلى التنازل مشروعا والا وقع التنازل باطلا بطلانا مطلقا.

المطلب الثاني

الشروط الخاصة: القابلية للتنازل

فيما سبق تكلمنا عن الشروط العامة الواجب توافرها في عقد التنازل، وهي الشروط الواجب توافرها في أي عقد، لكن حاولنا التحري في كيفية تطبيق هذه الشروط على التنازل. والآن يجب علينا أن نعرض للشروط الخاصة بالتنازل والتي فرضتها طبيعة هذا العقد. وهذه الشروط تدور كلها حول قابلية العقد للتنازل، وهي تتلخص في شرطين: الأول: ألا يكون العقد من العقود ذات الاعتبار الشخصي، والثاني. ألا يكون العقد قد تم تنفيذه.

أولا: ألا يكون العقد من العقود ذات الاعتبار الشخصي:

سبق أن رأينا أنه بعد أن كان ينظر إلى الالتزام نظرة شخصية محضة ترى أن الجوهرى فيه هى تلك الرابطة التى تربط بين شخصين بحيث لايتصور أن ينشأ الالتزام دون أن يوجد وقت نشوئه دائن ومدين معينان، ولايتصور أن يتغير أحد طرفى الرابطة دون أن تتغير الرابطة ذاتها، أصبح، فى الوقت الحاضر، ينظر إلى الالتزام نظرة موضوعية أو مادية لايعنيها فى الالتزام أشخاصه بقدر ما يعنيها موضوعه، وبذلك استقل الالتزام عن شخص الدائن وعن شخص المدين، بحيث تكون العبرة فيها بقيمته المالية[1].

وإذا كان قد تأكدت، فى الوقت الحاضر، الصفة المالية للالتزام وما ترتب عليها من السماح بانتقاله، الا أنه لايمكن إغفال النظر تماما على أن الالتزام مازال يعبر عن رابطة بين شخصين: الدائن والمدين. ولذلك فى الوقت الذى تصبح فيه شخصية المتعاقد محل اعتبار فى نظر المتعاقدين، أو فى نظر أحدهما فإن العقد فى هذه الحالة يكون غير قابل للتنازل عنه. فالاعتبار الشخصى فى التعاقد يعتبر من موانع التنازل.

وما يؤكد أن العقد لم يصبح فقط مجرد قيمة مالية أو اقتصادية يمكن التصرف فيه كأى مال، وأنه ما يزال يمثل رابطة قانونية بين شخصين، أنه بالنسبة للعقود التى يكون فيها شخص المتعاقد محل اعتبار، فإن مجرد الغلط فى ذات المتعاقد أو فى صفة جوهرية من صفاته يؤدى إلى إبطال العقد طالما كانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد. كما أنه فى مثل هذه العقود لايمكن، من باب أولى، تغيير شخص المتعاقد الذى هو

---

(3) Vo E. Gaudemet, Thèse précitée, Saleilles, op. cit; J. Ghestin rapport précité.

محل اعتبـار، وذلك عن طريق التنازل عن هذا العقـد، أو حتى عن طريق التعاقد من الباطن.

ويمكن القول بصفة عامة إن العقود ذات الاعتبار الشخصى هى العقود التى يكون لشخص المتعاقد أو لصفة من صفاته الدور الحاسم فى إبرامها. ففى العقود ذات الصبغة الفنية فإن شخص المتعاقد، بصفة عامة، محل اعتبار، فعند التعاقد مع مهندس معمارى مشهور، فإن لشخص هذا المهندس الدور الحاسم فى التعاقد. كما أن الاعتبار الشخصى قد يتعلق بصفة من صفات المتعاقد،كالثقة فى نزاهة المقاول ومهارته مثلا فى عقد المقاولة[٤] أو الثقة فى القدرة المالية أو الكفاءة الفنية للملتزم بالمرفق العام، فى عقد التزام المرافق العامة مثلا[٥].

لكن يجب ملاحظة أن الاعتبار الشخصى فى عقد المقاولة وعقد التزام المرافق العامة يكون أكثر وضوحا فى حالة المقاول والملتزم بالمرفق العام الفرد، بينما يكون أقل وضوحا عندما يكون المقاول أو الملتزم بالمرفق العام مؤسسة معينة، لذلك إذا ماتم التنازل عن هذه المؤسسة برمتها، لسبب أو لآخر، فإن الاعتبار الشخصى لايعتبر عقبة أو مانع فى سبيل هذا التنازل، طالما أن المؤسسة ذاتها بنفس صفاتها الفنية والمالية مازالت قائمة وأن التغيير اقتصر فقط على مجرد شخص المالك.

والاعتبار الشخصى فى التعاقد L'intuitu personae قد يكون فى جانب كل من المتعاقدين، بأن كل متعاقد يعتبر أن لشخص المتعاقد الآخر أو لصفة من صفاته الدور الحاسم فى اتمام التعاقد، فكل منهما محل اعتبار فى نظر المتعاقد الآخر. لكن الغالب من الأمر أن يكون الاعتبار الشخصى فى التعاقد

(4) CF. J. Mazeaud, Rep. civ. Vo Contrat d'entreprise, no 57.
(5) Vo Ph. Maulaurie, op. cit, p. 162.

في جانب أحد المتعاقدين، فى هذه الحالة فإن التنازل عن العقد يكون ممتنعا من جانب المتعاقد الذى هو محل اعتبار فى هذا التعاقد.

وقد لايكون العقد من العقود ذات الاعتبار الشخصى، مع ذلك يكون هذا العقد غير قابل للتنازل. وقد يرجع ذلك إلى نص فى القانون أو إلى شرط مانع فى العقد ذاته. وفى حالة تضمن العقد شرط مانع، فإنه يجب عدم التوسع فى تفسيره[٦].

وتطبيقا لما سبق قد نصت المادة ١/٦٦١ مدنى مصرى على أنه «يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل فى جملته أو جزء منه إلى مقاول من الباطن اذا لم يمنعه من ذلك شرط فى العقد أو لم يكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية» وبطبيعة الحال ما يصدق على التعاقد من الباطن يصدق، من باب أولى، على التنازل عن العقد[٧].

وقد رتب التقنين المدنى على ذلك أن «ينقضى عقد المقاولة بموت المقاول اذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار...» (م ٦٦٦ مدنى مصرى، م ١٧٩٥ مدنى فرنسى).

كما نصت المادة ٦٢٥ مدنى مصرى على أنه «لايجوز فى المزارعة أن ينزل المستأجر عن الايجار أو أن يؤجر الأرض من الباطن الا برضاء المؤجر». ونتيجة للاعتبار الشخصى فى عقد المزارعة قد رتب القانون المدنى على ذلك النتائج المنطقية فنص على أنه «لاتنقضى المزارعة بموت المؤجر، ولكنها تنقضى بموت المستأجر» (م ٦٢٦ مدنى).

---

(٦) أنظر فى تفصيل ذلك، السنهورى، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٥٥ ص ٦٦٨، فقرة ٤٥٦ ص ٦٦٩ ومابعدها، فقرة ٤٥٦ ص ٦٨٦ وما بعدها.

(٧) قارن المادة ٢٠٨ مدنى مصرى والتى تنص على أنه «فى الالتزام بعمل اذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين» انظر المادة ١٢٣٧ مدنى فرنسى.

وقد تنص بعض القوانين الاستثنائية على عدم قابلية العقد للتنازل إلا بإذن من الطرف الآخر. ومن قبيل ذلك ما نصت عليه المادة ١٨/ج من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ حيث أنها تجيز للمؤجر اخلاء المكان المؤجر «اذا ثبت أن المستأجر قد تنازل عن المكان المؤجر، أو أجره من الباطن بغير اذن كتابى صريح من المالك للمستأجر، أو تركه للغير بقصد الاستغناء عنه نهائيا...».

لكن يبقى مع ذلك التساؤل قائما حول جزاء التنازل عن العقود ذات الاعتبار الشخصي.

نحن نرى أنه تطبيقا للقواعد العامة، أن التنازل عن هذا العقد لايسري فى حق الطرف الآخر، ومن ثم يستطيع أن يتجاهل وجود مثل هذا التنازل ويتصرف على أساس عدم وجوده. فإذا ترتب مثلا على هذا التنازل أى آثار، كشغل المتنازل له العين المؤجرة مثلا، فإن للطرف ا لآخر فى العقد الأصلى أن يطالب باخلائها، ويعامل المتنازل له معاملة المغتصب الذى ليس له عقد.

كما أن للطرف الآخر فى العقد الأصلى أن يطلب فسخ هذا العقد؛ لأن مثل هذا التنازل يعتبر إخلالا بهذا العقد الذى يتحتم أن يكون تنفيذه من الطرف الذى هو محل الاعتبار، (انظر المادة ٢٠٨ مدنى مصرى والمادة ١٢٣٧ مدنى فرنسى بالإضافة إلى المادة ١٥٧ مدنى مصرى والمادة ١١٨٤ مدنى فرنسى). كما يجوز له، فى جميع الأحوال، أن يطالب بالتعويض إن كان له مقتضى. كل ذلك طبقا للقواعد العامة.

فالاعتبار الشخصى فى التعاقد له وزنه عند إبرام العقد، وتكون القابلية للابطال جزاءً الغلط فى شخص هذا التعاقد، أو فى صفة من صفاته، وعند تنفيذه، يكون الفسخ جزاءً عدم تنفيذ العقد من جانب المتعاقد الذى هو محل اعتبار فى العقد

أما بالنسبة للعلاقة فيما بين المتنازل والمتنازل له فيحكمها العقد الذى تم بينهما. وسيكون لموقف الطرف الآخر فى العقد الأصلى أثر واضح على هذا العقد. فإذا ما طالب هذا الطرف بالتنفيذ العينى، كاخلاء المتنازل له من العين المؤجرة ، فإن المتنازل له يستطيع أن يرجع على المتنازل بدعوى ضمان الاستحقاق اذا كان لايعلم بأن شخص المتنازل محل اعتبار فى العقد الأصلى. أما إذا كان يعلم بذلك فلا رجوع له لأنه يكون مخاطرا. أما إذا ما طالب الطرف الآخر فى العقد الأصلى بفسخه وقضى له بذلك فإن هذا الحكم بالفسخ يسرى فى حق المتنازل له، وليس له إلا أن يرجع على المتنازل بالتعويض إذا كان غير عالم بأن شخص المتنازل محل اعتبار فى العقد الأصلى. أما إذا حكم بالتعويض فى الحالتين، حالة الفسخ وحالة التنفيذ العينى، فإن المتنازل هو المسئول عن ذلك لا المتنازل له.

ثانيا: الا يكون العقد قد تم تنفيذه:

وهذا الشرط يقتضيه منطق التنازل ذاته، حيث إن المتنازل له يحل محل المتنازل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات، فكيف لنا إذن أن نتصور هذا الحلول إذا ما تم تنفيذ العقد المتنازل عنه.

وعلى ذلك فإن التنازل عن العقد لايتصور الا بالنسبة للعقود المتراخية فى التنفيذ. وليس معنى ذلك، أن التنازل عن العقد يقتصر فحسب على العقود الزمنية، مستمرة أو دورية، وإنما يمتد ليشمل أيضا العقود الفورية التى تتراخى فى التنفيذ.

فحلول المتنازل له محل المتنازل لدى الغير فى حق أو التزام، يفترض أن هذا الغير مازال ملتزما بالتزامه تجاه المتنازل، أو أن المتنازل نفسه مازال ملتزما تجاه الغير فيما عليه من التزام.

والنتيجة الطبيعية المترتبة على ذلك هو أن ينشأ عن التنازل عملية قانونية ثلاثية الأطراف، ومن ثم تنشأ ثلاث علاقات قانونية:علاقة بين المتنازل

والمتنازل له، وعلاقة بين المتنازل والمتنازل لديه، وعلاقة بين المتنازل له والمتنازل لديه. أما إذا كان قد تم تنفيذ الالتزام من جانب المتنازل للدائن، أو أن المتنازل استوفى حقه من المدين، ففى أى شئ يكون الحلول؟ وفى مواجهة من يكون هذا الحلول.

فبعد تنفيذ الالتزام أو استيفاء الحق لاتنشأ إلا علاقة بسيطة بين دائن ومدين. فإذا قام شخص بالوفاء بما عليه من التزام عن طريق الاقتراض من شخص آخر، فإن الأمر لا يعدو أن يكون انقضاء للالتزام الأول بالوفاء، ونشوء التزام آخر بين المقرض والمقترض، رابطة التزام عادية تحكمها القواعد العامة. وبالمثل إذا استوفى شخص ماله من حق قبل مدينه، ثم قام بعد ذلك باقراض هذا المبلغ، فإن الأمر فى هذه الحالة لايعدو أيضا أن يكون استيفاء للحق يترتب عليه انقضاء التزام المدين، ونشوء التزام جديد بين المقرض والمقترض، رابطة التزام عادية تحكمها أيضا القواعد العامة.

لكن فى التنازل الأمر يختلف تماما، فمثلا فى حالة التنازل عن الايجار، نجد أن المتنازل له يحل محل المتنازل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات، فى رابطة عقدية قائمة. فالمتنازل له يحل محل المتنازل فى الانتفاع بالعين المؤجرة، ويلتزم فى مقابل ذلك بدفع الأجرة المنصوص عليها فى العقد.

كما أنه فى حالة بيع منزل محمل برهن ضامن لقرض استخدام فى بنائه، يمكن أن يستتبع هذا البيع تنازل عن عقد القرض، وبالتالى يحل المشترى محل البائع فى عقد القرض، ويستفيد من التقسيط المتفق عليه فى هذا العقد وكذلك من سعر الفائدة المحدد والمنصوص عليه فى هذا العقد، ويصبح المشترى هو المسئول أمام البنك (المتنازل لديه) بدفع الاقساط المستحقة وفوائدها، كما أن البنك يستفيد من الرهن الضامن لهذا القرض،

حيث إنه يترتب على التنازل انتقال العقد بنفس شروطه، وتبقى الضمانات الضامنة للوفاءبه قائمة، كما يحتفظ الدين بأوصافه وصفاته وكل ما يرد على هذا العقد من دفوع ووسائل دفاع تبقى سارية.

المبحث الثانى

شروط واجراءات نفاذ التنازل عن العقد

إذا نظرنا إلى التنازل عن العقد، نجد أن هناك علاقة بين المتنازل له والمتنازل موضوعها حلول الأول محل الثانى فيما له من حقوق وما عليه من التزامات، بمقابل أو بدون مقابل، وعلى ذلك فالمتنازل لم يرض بالتنازل عن حقوقه الناشئة عن العقد المتنازل عنه إلا لأن المتنازل له أخذ عن عاتقه الالتزام الناشئة عن العقد، وبالمثل فإن المتنازل له لم يقبل التحمل بالالتزامات الناشئة من العقد المتنازل عنه إلا لأنه حل محل المتنازل فيما له من حقوق.

ومع ذلك فإن هذا الاتفاق، محله رابطة عقدية تربط بين المتنازل والمتنازل لديه. والغاية من هذا الاتفاق هو أن يحل المتنازل له محل المتنازل فى الرابطة العقدية التى تربطه بالمتنازل لديه. فالسؤال الآن ما هو دور المتنازل لديه بالنسبة لهذا الاتفاق؟ فهل يلزم أن يقبل هذا التنازل ويرتضى المتنازل له طرفا معه فى العقد القائم بدلا من المتنازل؟ وما هو مصير التنازل عن العقد اذا ما رفض المتنازل لديه هذا التنازل؟

فإذا ما دفعنا التحليل أكثر إلى الأمام، نجد فى العقود الملزمة للجانبين أن كل طرف يعتبر دائنا ومدينا فى نفس الوقت. وبناء عليه فإن التنازل عن العقد الملزم للجانبين يؤدى إلى تغيير الدائن والمدين فى نفس الوقت. فإذا ما نظرنا للتنازل عن العقد من زاوية تغييره للدائن نجد أن الأمر لا يستلزم رضاء من جانب المدين المتنازل لديه، بهذا التغيير، طالما أن شخص الدائن ليس

محل اعتبار فى التعاقد، وإنما يكفى أن يعلن أو يقر المتنازل لديه هذا التغيير. ولكن الأمر يتجاوز هذا الموقف السلبى بالنسبة للجانب السلبى من العقد الملزم للجانبين، أى بالنسبة لتغير المدين بالالتزامات، فإن الأمر يتطلب رضاء المتنازل لديه بالمدين الجديد: المتنازل له. فطبقا للقواعد العامة إن الدائن لا يجبر على قبول مدين جديد حتى ولو كان أكثر يسارا من مدينه السابق. وبناء على ذلك فإن قبول المتنازل لديه للمتنازل أمر تفرضه طبيعة التنازل ذاته. والسؤال الآن هل يعتبر قبول المتنازل لدية أو رضاه شرطا ضروريا لوجود التنازل ذاته، أم أنه مجرد شرط لازم لنفاذ التنازل فى مواجهته؟

لايضاح ذلك أكثر نبحث أثر عدم قبول المتنازل لديه للتنازل على عقد التنازل. هل اذا ما رفض التنازل يصبح هذا العقد عديم القيمة من الناحية القانونية، أم أن أثر رفضه ينحصر فقط فى عدم نفاذ التنازل، رغم وجوده، فى مواجهته؟ الأمر المتيقن منه فى حالة رفض المتنازل لديه للتنازل، أن المتنازل يبقى ملتزما فى مواجهته بالالتزامات الناشئة عن العقد المتنازل عنه.

والسؤال التالى الآن هو معرفة ما إذا كان قبول المتنازل لديه للتنازل يترتب عليه براءة ذمة المتنازل وخروجه من الرابطة العقدية أم أنه يبقى بالرغم من ذلك ملتزما فى مواجهته الى جانب المتنازل له؟

نجد فى هذا الصدد موقف التشريعات متباين. فبينما نجد أن التقنين المدنى الإيطالى، ومن بعده التقنين المدنى البرتغالى يعتبران أن رضاء المتنازل لديه أو موافقته شرط لازم لانعقاد التنازل عن العقد، مما يعطى الانعقاد التنازل بموافقة المتنازل لديه فعالية ترتب عليه كامل آثاره، وبصفة خاصة من حيث براءة ذمة المتنازل فى مواجهة المتنازل لديه وخروجه من الرابطة العقدية القائمة، ومن حيث نشوء علاقة مباشرة بين المتنازل له والمتنازل لديه، يعنى أن هذا التنازل يعتبر تنازلا تاما Une cession parfaite.

نجد فى جانب آخر التقنين المدنى الفرنسى والمصرى والألمانى والسويسرى وهذه التقنينات لم يرد فيها تنظيم مستقل للتنازل عن العقد، ومن ثم لم يتحدد على نحو قاطع مدى ودور إرادة المتنازل لديه فى التنازل، كما فعل كل من التقنين الايطالى والبرتغالى. والمرجع الآن لتحديد هذا الدور ومداه هو القواعد العامة فى هذه التقنينات. وسوف نعرض على وجه التفصيل موقف كل من القانون الفرنسى والقانون المصرى.

المطلب الأول

موقف الفقه والقضاء فى فرنسا

هذه المسألة قد مرت بمراحل تطور طويلة. وأهم ما يلاحظ على غالبية الفقهاء وأحكام القضاء. هو اعتبار التنازل عن العقد، حوالة لحق المتنازل (المحيل) فى مواجهة المحال عليه. وفى الوقت الحاضر يتساءل الفقه عن جدوى الالتجاء إلى حوالة الحق لتفسير التنازل عن العقد. كما أنه يتساءل عن كيفية التفرقة بين التنازل عن عقد الإيجارمثلا وحوالة الحق فى الأجرة[8].

فالاختلاف حول التنازل عن العقد يبدأ بالاختلاف حول التكييف القانونى لهذه العملية. فبينما يذهب الفقه الحديث فى فرنسا إلى أن التنازل عن الإيجار مثلا، فى حقيقته ليس حوالة حق فحسب، لأن المستأجر ليس مجرد دائن للمؤجر بالانتفاع بالعين المؤجرة فقط، وإنما أيضا مدين يدفع الأجرة مقابل هذا الانتفاع، وإنما يعتبر حوالة حق وحوالة دين فى آن واحد. وهذا هو السبب الحقيقى للصعوبات التى يواجهها التنازل عن العقد بصفة

(8) Vo. J. Carbonnier op. cit. IV, 8e éd, 1975 no 125 p 467 et sur la discussion, Vo Larroumet, op. cit, no 24. p 34 à 40.

عامة، حيث إن القانون الفرنسى لايعرف حوالة الدين. ولذلك حاول بعض الفقهاء الالتجاء إلى الإنابة أو الاشتراط لمصلحة الغير، بل وإلى التجديد لتفسير التنازل عن العقد.

فذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار أن التنازل عن الايجار هو فى حقيقته ليس إلا حوالة حق، ولا يمكن أن يكون بحال حوالة دين، لأن هذه الحوالة لايعرفها القانون الفرنسى، وبناء على ذلك فإن الدين لاينتقل نتيجة هذا التنازل، وإنما يبقى المستأجر الأصلى هو الملتزم بدفع الأجرة، وإن كان المؤجر يستطيع مطالبة المتنازل له أيضا بها، فإن ذلك لايرجع إلى التنازل وإنما يرجع إلى الاشتراط لمصلحة الغير الضمنى الذى أبرم بين المتنازل والمتنازل له والذى التزم بمقتضاه هذا الأخير بدفع الأجرة للمؤجر، ومن ثم أصبح للمتنازل لديه دعوى مباشرة ضد المتنازل له. كل هذا لايمنع من أن المتنازل يبقى، من حيث المبدأ، ملتزما بدفع هذا الدين. أما إذا أبرأ المؤجر المستأجر الأصلى من التزاماته فإن هذه العملية تصبح إنابة وليس تنازلا[٩]. وقد ذهب البعض الآخر إلى تفسير التنازل عن طريق التجديد[١٠] وقد انتقدنا ذلك عند الكلام عن تمييز التنازل عن غيره من أنظمة قانونية، ونكتفى بما سبق أن قلناه فى هذا المجال.

فإذا ما تجاوزنا الاختلاف حول طبيعة التنازل وتساءلنا عن مدى ودور ارادة المتنازل لديه فى عقد التنازل، نجد أيضا أن هناك اختلافا فى الفقه والقضاء فى فرنسا حول هذه المسألة.

فبينما نجد أن بعض الفقهاء المحدثين يذهب إلى أن التنازل عن الإيجار، كغيره من حالات التنازل عن العقد، ينشئ بقوة القانون علاقة مباشرة بين

---

(9) Vo H. L. et J. Mazeaud, op. cit, t: III, no 1081.
(10) Vo Chr. Pacté. op. cit, no 49 et p 657.

المتنازل له والمتنازل لديه، دون أن يكون هناك حاجة لقبول المتنازل لديه أو رضاه بهذا التنازل، بل وبدون حاجة إلى إخطاره[١١].

نجد أن بعض الفقهاء التقليديين يذهب إلى نتيجة مشابهة لهذه النتيجة ولكن على أساس قانونى آخر، كما أنهم لايمدون هذا الحكم إلى كل حالات التنازل. ونقطة البداية عند هؤلاء الفقهاء هى عدم جدوى تطبيق المادة ١٦٩٠ مدنى فرنسى على التنازل عن الإيجار. والسبب فى عدم تطبيق المادة ١٦٩٠ مدنى فرنسى على التنازل عن الإيجار راجع إلى أن حق المستأجر يعتبر حقا عينيا[١٢] وقد أدانت محكمة النقض الفرنسية هذا التكييف لحق المستأجر، واعتبرت أن هذا الحق حق شخصى، ومن ثم رأت ضرورة تطبيق المادة ١٦٩٠ مدنى فرنسى.

بينما يذهب J. Carbonnier[١٣]، إلى أن اعلان التنازل، باعتباره مجازاً نوع من العلانية، لايمكن أن يضيف شيئا جديدا ومفيدا إلى العلانية المادية والمتحققة بحيازة المتنازل له للعين المؤجرة، ومن ثم دخوله هذه العين والانتفاع بها، فواقعة الحيازة تكفى فى حد ذاتها لتحقيق العلانية الفعلية، ودون ما حاجة إلى أى إجراء آخر. فاتباع إجراء أو شكل معين لايحقق الا نوعا من العلانية المحدودة وذلك بخلاف الحيازة.

بينما نجد أن القضاء الفرنسي يذهب الى خلاف ذلك، فمحكمة النقض الفرنسية ومنذ عام ١٩٢٥، تذهب الى أن المادة ١٦٩٠ مدنى لا

---

(11) Vo Larroumet, op. cit, no 110. 111 et 125, p. 290 et S

(١٢) وذلك قبل الطبعة السادسة التى تم اصدارها بواسطة P. Esmein والذى هجر هذا التحليل

Aubry et Rau, Droit civil français P. Esmein
CF. t. 5 & 359 note 25 - 2.

(13) Rev. tr. dr. civ. 1951 - 391.

تميز بين حوالة وأخرى[١٤]. وهذا يعتبر فى ذاته هجر وإدانة فى نفس الوقت لهذه النظريات. ولكن إذا كان القضاء الفرنسى يذهب إلى تطبيق المادة ١٦٩٠ مدنى فرنسى على التنازل، فإن ذلك سيكون بطبيعة الحال مع ما ورد على هذا التطبيق من تخفيف وتساهل.

فالقضاء الفرنسى يخفف من شكلية المادة ١٦٩٠ مدنى عن طريق الأخذ بالإجراء المعادل فى القوة والأثر. فمحكمة النقض الفرنسية تذهب إلى أن القبول فى ورقة عرفية يعادل القبول فى ورقة رسمية، بل أكثر من ذلك أن القبول يمكن أن يكون ضمنيا. فكل إجراء معادل فى القوة والأثر للإجراء المشترط فى المادة ١٦٩٠ مدنى يقوم مقامه. لكن محكمة النقض تتردد كثيرا بصدد الإعلان. والسؤال الآن : هل يعتبر مجرد علم المدين بالتنازل معادلا للإعلان؟ فالهدف من الاعلان هو إخطار المتنازل لديه، المدين، بالتنازل، فماذا يفيد هذا الإعلان إذا كان، المتنازل لديه، قد أحيط علما من طريق أو آخر؟

وقد ذهبت بعض أحكام محكمة النقض إلى أن التنازل عن الإيجار يعتبر ساريا فى مواجهة المؤجر؛ لأنه قد قبله ضمنا، وذلك باستلامه الإيجار من المتنازل له. لكن هذا الحكم وإن كان يعتبر تخفيفا للشكلية المتعلقة بالقبول فى ورقة رسمية إلا أنه لم يفصح عن قبوله للإجراء المعادل فى القوة والأثر للاعلان.

وقد صدر حكم فى ٢٧ ديسمبر ١٩٣٣ يسمح بنفاذ التنازل فى مواجهة المدين المتنازل لديه بالرغم من عدم اتمام الشكلية المنصوص عليها فى المادة ١٦٩٠ مدنى. وقد استنتجت المحكمة وجود القبول والعلم الخاص

---

(14) Cass. Com 17 Janv 1951. J. C. P. 1951 II 697 not chaen; Rev. tr. dr. civ 1951. 391 note Carbonnier.

والشخصى فى نفس الوقت(١٥). ونحن نرى أن هذا من قبيل اللغو، لأنه إذا كان هناك قبول فإن هذا يفيد بالحتم علمه، لكن العكس غير صحيح؛ لأن علمه لا يفيد بالضرورة قبوله. كما أن هذا الحكم لايمكن الاستناد اليه للقول بأنه يأخذ بفكرة الإجراء المعادل للاعلان، ولكن الذى يمكن أن يستفاد منه هو أنه يسمح بذلك إلى جانب الإجراء المعادل للقبول فى ورقة رسمية.

كما أنه يلاحظ على هذا الحكم أن الاجراء المعادل للاعلان من حيث القوة والأثر ليس أى اجراء، حيث لايكفى مجرد العلم، وإنما اشترطت المحكمة أن يكون العلم علما خاص وشخصيا. وقد تساءل J. Carbonnier عن ماهية الفروق الدقيقة التى تميز العلم الخاص والشخصى عن مجرد العلم. فالقانون المدنى، وخاصة فى قانون يقيم وزنا كبيرا للجوانب النفسية كالقانون الفرنسى، قد أثبت، خلال مراحل تطوره، أن هناك الكثير من الصعوبات التى تنشأ نتيجة التباين والتنوع فى المواقف. ولذلك يجد أن موقف محكمة النقض فيه، بلا شك، إفراط فى الدقة ينبغى هجره والإقلاع عنه، والعودة إلى الواقع، أى العودة إلى المركز القانونى ذاته(١٦).

وقد عادت محكمة النقض الفرنسية مرة أخرى إلى الواقع، واعتبرت أن استلام المؤجر للايجار من المتنازل له يعتبر علما بالتنازل يعادل الإعلان المنصوص عليه فى المادة ١٦٩٠ مدنى فرنسى(١٧).

(15) Req. 27 déc. 1933, D. 1934. 113 rapport Pilon.

(16) note précitée

(17) Cass. Com. 11 Juillet, 1949, Rev. Loyers, 1949. 724; J: C : P IV, 130.

لكن لم يستمر الأمر كذلك، وإنما أدخلت محكمة النقض بعض التعديلات على قضائها السابق، وقضت بأن التنازل عن الإيجار لايكون نافذا فى مواجهة المؤجر، عند تخلف الإجراء المتطلب فى المادة ١٦٩٠ مدنى، إلا إذا علم به وقبله، ولو كان هذا القبول ضمنيا[١٨] وبذلك تكون محكمة النقض قد أكدت قضاءها السابق، والذى قررت فيه أن مجرد استلام الأجرة لايعنى أن المؤجر قد قبل تغيير المستأجر وخاصة وأنه لم يعلن به بالطريق القانونى المرسوم فى المادة ١٦٩٠ مدنى[١٩].

نخلص من كل هذه الأحكام إلى أنه، إذا تخلف الإجراء المنصوص عليه فى المادة ١٦٩٠ مدنى فرنسى، فإن (١) مجرد العلم، حتى ولو كان خاصا وشخصيا، بالتنازل لايكفى لجعله نافذا فى حق المتنازل لديه.

(٢) ينبغى قبول التنازل من جانب المتنازل لديه، وأنه بصفة خاصة، مجرد استلام الأجرة من جانب المؤجر دون أن يعطى ايصال بها لايعادل القبول.

هذا التحليل قد تأكد بصفة نهائية فى خمسة أحكام المحكمة النقض الفرنسية الدائرة المدنية فى ٢٢ أبريل ١٩٧١[٢٠]. لكن أمام إصرار قضاة الموضوع على أن الإعلان المنصوص عليه فى المادة ١٦٩٠ مدنى فرنسى يعتبر لاقيمة له اذا ما تسلم المؤجر الأجرة من المتنازل له، أى لاداعى بعد ذلك لمثل هذا الاعلان، قد عرض الأمر على جمعية محكمة النقض منعقدة بكامل هيئتها فى ١٤ فبراير سنة ١٩٧٥[٢١]. وقد أيدت الجمعية قضاء الدائرة الثالثة مدنى لمحكمة النقض الفرنسية، وقررت أن الإجراءات المنصوص

(18) Cass. Civ 24 Janv. 1969, Bull. civ. III no 75.
(19) Cass. civ. 11 déc. 1961, Bull. civ: III, no 467.
(20) Bull. Civ. III. no 247.
(21) D. 1975. 349.

عليها فى المادة ١٦٩٠ مدنى، لايمكن أن تكون دون فائدة فى خصوص جعل التنازل نافذا فى مواجهة المؤجر، إلا إذا كان يعلم بالتنازل، كاستلامه الأجرة من المتنازل له، بالإضافة إلى قبول التنازل دون لبس أو غموض».

وقد صدرت ثلاثة أحكام للدائرة الثالثة مدنى لمحكمة النقض الفرنسية لتؤكد هذا القضاء[٢٢].

وقد حاول بعض الفقهاء، بعد عرض تفصيلى للأصل التاريخى للمادة ١٦٩٠ مدنى فرنسى[٢٣]، أن يحدد المقصود الحقيقى للإجراءات المنصوص عليها فى هذه المادة. ولذلك يذهب هؤلاء الفقهاء إلى أنه يوجد فارق مهم وجوهرى بين إجراءات الشهر أو العلانية والإجراءات الواردة فى المادة ١٦٩٠. ففى نظام لشهر أو العلانية تعتبر الإجراءات، من حيث المبدأ، شكلية ولايسمح بصددها بفكرة الاجراء المعادل فى القوة والأثر، فالعلم، حتى ولو كان يقينى، لايمكن أن يقوم مقام أى من هذه الإجراءات. فالتصرف الذى يتم شهره يفترض العلم به، والتصرف الذى لا يتم شهره يفترض أنه مجهول. بينما وجدنا أن القضاء الفرنسى، بصدد المادة ١٦٩٠ مدنى، قد أخذ بفكرة الاجراء المعادل فى القوة والأثر، وان كان ذلك فى نطاق محدود، فاعتبر قبول المدين فى ورقة عرفية يعادل قبوله فى ورقة رسمية، بل أن القضاء قد أخذ بفكرة القبول الضمنى[٢٤].

أليس من المناسب إذا أن نفرق بين الإخطار والشهر أو العلانية، وبين المدين المتنازل لديه والغير[٢٥]؟!

---

(22) Civ3, 5 mai 1975, Bull. civ. III, no 150; 16 Juillet 1975, ibid no 252; 21 Janv. 1976, Panorma de la jurisprudence de la Cour de cassation, Gaz. Pal. 24 mars 1976, p 12.

(23) Vo Ph. Malaurie, op. cit. p. 104 et s.

(24) Ph. Malaurie, op. cit, p. 106.

(25) Larroumet, op. cit, no 36 p. 68.

فبالنسبة للغير، بالمعنى الفنى الدقيق، الدائن الحاجز، والدائن المرتهن، والمتنازل لهم الآخرين، فإن الأمر يتعلق هنا بفكرة الاحتجاج بالتنازل عن العقد فى مواجهة الغير، ومن ثم الإجراء المطلوب هنا يكون من اجراءات الشهر أو العلانية.

أما بالنسبة للمدين المتنازل لديه لايمكن اعتباره من الغير بهذا المعنى، ولهذا يكفى اتخاذ إجراء من الإجراءات التى تفيد إخطاره، وذلك حتى: ١- لايجهل وجود التنازل ٢- وتنشأ علاقة قانونية بينه وبين الدائن الجديد. فأى وسيلة تؤدى إلى تحقيق هذا الغرض تكفى، بل حتى مجرد علمه فى الواقع بأن هناك تنازل عن العقد الذى هو طرف فيه يكفى القيام هذه العلاقة بين المتنازل له وبينه.

لكن هذا التحليل رغم وجاهته فإنه لايعدو أن يكون، أمام موقف القضاء الصلب والحازم، مجرد تحليل أكاديمى. ولكن هذا لايمنع من أن هؤلاء الفقهاء يعتبرون أن موقف القضاء الأخير مغرق فى الشكلية، والتمسك بحرفية النصوص. كما أنه يسمح للمؤجر سئ النية، حيث إنه يعلم فى الواقع بوجود التنازل، بأن يكون فى وضع قانونى أفضل، إذ يستطيع حرمان المتنازل له من الايجار(٢٦).

فاذا ما انتهينا إلى ضرورة قبول المتنازل لديه أو رضاه بالتنازل وأن هذا القبول أو الرضاء يعتبر شرطا لنفاذ التنازل فى مواجهته، فسوف نقف فيما بعد، عند الكلام عن آثار التنازل، على نطاق هذا النفاذ. ومع ذلك يبقى التساؤل قائما حول أثر رفض المتنازل لديه للتنازل، أو بصفة عامة، عدم اتباع الإجراءات المنصوص عليها فى المادة ١٦٩٠ مدنى فرنسى؟

---

(26) Ph. Malaurie, op. cit, p. 107.

قد ذهب غالبية الفقهاء إلى أنه فى حالة تخلف رضاء المتنازل لديه أو قبوله التنازل فإنه يكون هناك تنازل فقط عن الحق دون أن يكون هناك تحمل بالالتزام، وبالتالى يبقى المتنازل مسئولا عن التزاماته فى مواجهة المتنازل لديه(٢٧).

ويترتب على ذلك نتيجة عملية شاذة، هو أن يكون هناك تنازل عن العقد إذا ما قبل المتنازل لديه، ويكون هناك حوالة للحق وتحمل متعاصر بالالتزام من جانب المتنازل والمتنازل له فى حالة عدم موافقة المتنازل لديه أو عدم قبوله.

وعلى ذلك فإن المتنازل لديه يمكن أن يرجع على كل من المتنازل والمتنازل له ليطالبهم بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد المتنازل عنه، بينما لا يستطيع له أن يطالبه مباشرة بحقوق المقابلة لهذه الالتزامات(٢٨).

وهذه النتيجة الشاذة أدت ببعض الفقهاء إلى القول بأنه إذا كان هناك ترخيص بالتنازل، من جانب المتنازل لديه، فى العقد الأصلى، فإن التنازل عن هذا العقد يؤدى تلقائيا إلى براءة ذمة المتنازل من التزاماته بمجرد اخطار المتنازل لديه بالتنازل. وأنه اذا لم يتضمن العقد مثل هذا الترخيص، فإنه بمجرد أن يباشر المتنازل لديه دعواه فى مواجهة المتنازل له فإنه يترتب على ذلك براءة ذمة المتنازل. فالمتنازل لديه لايمكنه، سواء كان يجهل التنازل أم قبله، أن يكسب مدينا جديدا نتيجة هذا التنازل مع رفضه الاعتراف بالأثر الطبيعى للتنازل وهو براءة ذمة المتنازل من التزاماته(٢٩). وهذا ما سبق أن أكده J. Carbonnier، حيث يقول إنه «إذا كان فى التنازل عن العقود الملزمة للجانبين من فائدة حقيقية فهى فى أن يكون هناك تنازل حقيقى عن

(27) Larroumet, op. cit. no 110 p. 273.

(28) L. Simont, rapport. La cession de bail, in la transmission, op. cit, no 12 p. 294.

(29) Raffary Les substitutions de Contractants en cours d'exécution du contrat, no 377 à 380, 417 et 450.

الالتزامات، مع براء ذمة المدين الاصلى، مقترنا بتنازل عن الحقوق»[٣٠] وعلى ذلك فإن تحرير المتنازل من التزاماته لا يقتضى إلا قدراً ضئيلاً من الرضا من جانب الدائن[٣١].

لكن لنا أن نتساءل عن الأساس القانونى لرجوع المتنازل لديه على المتنازل له فى هذه الحالة؟

ذهب Lapp فى رسالته إلى أن عقد التنازل هو الذى يؤدى إلى انتقال الدين إلى المتنازل له، ومن ثم يستطيع المتنازل لديه أن يطالبه بالتنفيذ. أما بالنسبة للحقوق فإن انتقالها يمكن الاحتجاج به فى مواجهة الكافة، ويمكن للجميع أن يتمسك بها. فعقد التنازل لايحتج به على المتنازل لديه الا فى الحدود التى يمكن أن يضربه كحرمانه من مدينه الأصلى. ولكن تحسبا للاعتراض الذى يمكن أن يثار ضد هذا الرأى، والذىيمقتضاه أنه لايوجد تنازل حقيقى عن الدين إلا إذا تحرر المتنازل من التزامه، قد أجاب على ذلك بأنه، منذ قيام التنازل، فإن المسئولية عن الدين تنتقل إلى المتنازل له وهو الذى سيتحمل العبء النهائى عنها اذا ما قام المتنازل بالوفاء بها[٣٢].

وقد انتقد هذا الرأى على أساس أن دين المتنازل له لا يمكن أن يكون هو ذات الدين الذى يظل المتنازل ملتزما به، فلا يمكن أن يوجد نفس الدين فى ذمتين ماليتين فى نفس الوقت[٣٣].

بينما ذهب Larroumet إلى أن حق المتنازل لديه قبل المتنازل له ينشأ من التنازل ذاته، وانضمام المتنازل لديه لعقد التنازل يؤدى فقط إلى تحرير المتنازل من التزامه بأثر رجعى[٣٤].

---

(30) Rev. tr. dr. civ. 1947, p: 202.

(31) Rev. tr. dr. civ. 1957, p: 357.

(32) Thèse précitée, p: 48 et s.

(33) L. Simont, op. cit, no 14 p. 297.

(34) Thèse précitée. no 110, 111 et 125.

وما تتميز به هذه الرسالة أنها ترى أنه لايوجد تنازل عن العقد إلا اذا كان تنازلا تاما Une Cession parfaite فإذا لم ينضم المتنازل لديه لعقد التنازل فإن هذا العقد سيكون، من حيث المبدأ، أثرا بعد عين La Cession serait en principe anéantie.[٣٥] ولكن هذا الفقيه يسمح، مع ذلك، لإرادة الأطراف بأن تحتفظ بأى من هذين الأثرين، قيام علاقة قانونية بين المتنازل له والمتنازل لديه، أو أنها تعلق تحرير المتنازل من التزامه على موافقة الدائن، المتنازل لديه. هذا التحليل لا يثير أدنى مشكلة فى حالة انضمام المتنازل لديه للتنازل.

وقد انتقد بعض الفقهاء هذا الرأى من ناحيتين: الأولى، أن هذا التحليل يرتكز أساسا على انضمام المتنازل لديه للتنازل، بينما فى الحياة العملية يمكن أن نصادف حالة رفض المتنازل لديه للانضمام للتنازل، أو رفضه لتحرير المتنازل من التزاماته. والثانية، أن هذه الرسالة لم تقدم أساس قانونى معقول لرجوع المتنازل لديه على المتنازل له[٣٦].

وقد ذهب Vilar فى رسالته[٣٧] إلى تطوير فكرة Demogue وهى نظرية ما بعد التصرف La théorie de l'après acte[٣٨]. وطبقا لهذه النظرية، أن أحد من الغير يمكن، بمجرد انضمامه بمحض رضاه، أن يصبح طرفا فى عقد موجود من قبل. فعقد التنازل عن الايجار يتضمن انضمام المتنازل له للايجار المتنازل عنه وينشئ علاقة قانونية تبرر الدعوى التى سمح بها القضاء للمتنازل لديه ضد المتنازل له.

ويرى هذا الفقيه أن انضمام المتنازل له يعتبر تصرفا بالإرادة المنفردة

(35) Larroumt, op. cit, p 295.

(36) L. Simont, op. cit, no 14 p. 298.

(37) Thèse précitée, p 217 et s.

(38) Demogue, Traité des obligations en général, t. II, no 530 quater, et t. VII, no 656 bis.

منشئ للالتزامات. ومن هذه الزاوية قد هوجمت هذه النظرية هجوما شديدا، حيث هناك تحفظ شديد تجاه التصرف القانونى بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام فى القانون الفرنسى[٣٩].

وواضح من هذا العرض أن هناك صعوبة شديدة فى تكييف الأوضاع القانونية الناشئة عن التنازل عن العقد بصورته الممسوخة فى القانون الفرنسى، أى باعتباره مجرد حوالة للحق وللدين فى آن واحد. وعجز الفقهاء عن الترجيح بين هذه الآراء[٤٠] كما أن القضاء مازال بعيدا عن أن يحسم هذه المشكلة، ومازال يسوده التردد والتخبط. وإذا كان الأمر كذلك فى القانون الفرنسى فما هو موقف الفقه والقضاء فى مصر؟

المطلب الثانى

موقف الفقه والقضاء فى مصر

يجب أن نقرر منذ البداية خلو التقنين المدنى المصرى من القواعد العامة المنظمة للتنازل عن العقد. ونحن نسجل أسفنا لهذا القصور، خاصة وأن هذا التقنين قد صدر بعد صدور التقنين الايطالى (١٩٤٢) وما كان يجب أن يفوت واضعيه الاستهداء بالقواعد العامة الواردة فى التقنين المدنى الإيطالى، خاصة وأنه قد بذل فقاؤه جهدا ضخما فى وضعه، ورجعوا إلى العديد من تقنينات العالم، وذلك حتى يظهر فى صورته المشرفة والتى لا ينقصها الا القليل من اللمسات حتى تكتمل.

وبناء على ذلك فإن طبيعة التنازل عن العقد تتحدد على ضوء القواعد

---

(39) Raffary. op. cit, p. 170 et 171.

وهذا التحليل قد صادف قبولا وحماسا شديدا من جانب

L. Simont, op. cit, no 15 p. 299 et s, no 16 p. 301

(40) P Raynaud, Cours précité, p. 89 et s, et notam. p. 90 et p: 100.

العامة للقانون المدنى. كما أن ما ينشأ عنه من مشاكل تحل على ضوء تلك القواعد.

والفقه فى مصر قد تعرض لمشكلة التنازل بإفاضة بصدد التنازل عن عقد الإيجار، والذى ورد بصدده تنظيم خاص فى القانون المدنى. وهذا الفقه فى مجموعه ينظر إلى التنازل عن عقد الإيجار على أنه حوالة للحق وحوالة للدين فى آن واحد، ومن ثم يجب أن يطبق بصدده القواعد العامة فى حوالة الحق وحوالة الدين(٤١).

وسوف نتعقب كيفية تطبيق الفقه لقواعد حوالة الحق وحوالة المدين على التنازل عن العقد لنبرز الصعوبات الجمة التى يصادفها فى هذا الصدد، كما نوضح أن تطبيق الفقه لهذه القواعد كان يؤدى فى كثير من الأحيان إلى التسليم بالطبيعة الخاصة بالتنازل عن العقد، وإن كان لم يصرح بذلك.

ولنأخذ ما كتبه الأستاذ الدكتور السنهورى، باعتباره ممثلا لهذا الفقه فى مجموعة، فنجده يقول ما يلى «يمكن القول، بادئ ذى بدء، إن المستأجر فى هذه الحالة يقوم بينه وبين المتنازل له عن الإيجار علاقة محيل بمحال له فيما يتعلق بحقوقه وعلاقة محيل بمحال عليه فيما يتعلق بالتزاماته ..... أما علاقته بالمؤجر فهى فى التنازل عن الايجار علاقة محيل بمحال عليه فى الحقوق، وعلاقة محيل بمحال له فى الالتزامات. وتقوم علاقة بين المؤجر

---

(٤١) السنهورى، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٥٣ ص ٦٦٢ وما بعدها وفقرة ٤٦٧ ص ٦٩٧ وما بعدها، سليمان مرقس، شرح القانون المدنى، ٣ العقود المسماه، المجلد الثانى، الايجار، ١٩٦٨ فقرة ٢٤٠ ص ٥٣٨ وما بعدها، ص ٥٣٩ وما بعدها، فقرة ٢٥٧ ص ٥٨٨ وما بعدها، محمد على إمام، الايجار، ١٩٥٣، فقرة ١٧٠ ص ٤١٣، عبد الفتاح عبد الباقى، الايجار، فقرة ٢٧٣ وما بعدها، عد المنعم البدراوى، الايجار ص ١١٠ وما بعدها، منصور مصطفى منصور، البيع والمقايضة والايجار، فقرة ٢٢٥ ص ٥٧٧ وما بعدها توفيق فرج. عقد الايجار فى القانون اللبناني ١٩٧٥ فقرة ١٥٧ ص ٣٥٩ وما بعدها.

والمتنازل له عن الايجار هى علاقة المحيل له بالمحال عليه أو علاقة المحال عليه بالمحال له....»[٤٢].

«فـالتنازل عن الإيجـار إذن هو حـوالة حق وحـوالة دين فى وقت واحد»[٤٣].

وبالنسبة لعلاقة المستأجر بالمؤجر «فإن التنازل عن الإيجار يتضمن حوالة حق وحوالة دين، فالمستأجر بالتنازل قد حول حقوقه قبل المؤجر إلى المتنازل له عن الإيجار، فلم يصبح له حق قبل المؤجر. ولما كانت حقوق المستأجر قبل المؤجر هى التزامات المؤجر نحوه، فإن المؤجر لم يعد منذ التنازل مدينا للمستأجر، كذلك المستأجر بالتنازل قد حول التزاماته نحو المؤجر إلى المتنازل عن الإيجار، فلم يصبح فى ذمته التزام نحو المؤجر، ونرى من ذلك أن المستأجر لم يعد، بعد أن تنازل عن الإيجار، دائنا للمؤجر ولا مدينا له، **فاختفت بذلك وساطته بين المؤجر والمتنازل له عن الايجار وأصبحت العلاقة بين هذين الآخرين علاقة مباشرة** كما سنرى. ولاتقوم أية علاقة بين المستأجر والمؤجر تستند الى عقد الايجار، فقد تنازل المستأجر عن هذا العقد **بما يشتمل عليه من حقوق والتزامات، وانما يكون المستأجر**، بحكم القانون لابحكم عقد الايجاركما سنرى، ضامنا للمؤجر تنفيذ الالتزامات التى انتقلت إلى ذمة المتنازل له عن الايجار»[٤٤].

وبالرغم من وضوح كلام الأستاذ الدكتور السنهورى عن أن التنازل عن العقد ليس إلا حوالة حق وحوالة دين فى نفس الوقت، إلا أننا نجد فى ثنايا هذا الكلام ما يكشف بوضوح عن الطبيعة الخاصة للتنازل عن العقد، وقد

---

(٤٢) السنهورى، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٦٦ ص ٦٩٦.

(٤٣) السنهورى، نفس المرجع، فقرة ٤٦٧ ص٦٩٩.

(٤٤) السنهورى، نفس المرجع، فقرة ٤٧٤ ص ٧١٠، ٧١١

وضعنا تحت هذا الكلام خطا وذلك لاظهاره. كما أن عباراته قاطعة فى أنه يترتب على التنازل حلول المتنازل له محل المتنازل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات، ومن ثم نشوء علاقة مباشرة بين المتنازل له والمتنازل لديه، وبراءة ذمة المتنازل وخروجه من العقد المتنازل عنه، لكن متى يتحقق ذلك؟

لكن «لما كانت حقوق المستأجر قبل المؤجر تنتقل بموجب حوالة الحق كما قدمنا، ولما كانت حوالة الحق لاتصبح نافذة فى حق المدين إلا بإعلانه بالحوالة أو بقبوله إياها، ولا تنفذ فى حق الغير إلا من تاريخ الاعلان الرسمى أو التاريخ الثابت لقبول المدين (م ٣٠٥ مدنى) **وكان المفروض أن المؤجر (أى المدين قد قبل التنازل** مادام لم يشترط فى عقد الايجار عدم جواز التنازل كما سيأتى، فإنه اذا عرض التنازل على **المؤجر تعين عليه قبوله.** ولذلك يمكن اعتبار التنازل عن الايجار، كحوالة حق، **ساريا فى حق المؤجر من وقت اخطاره** بالتنازل حتى يفى بالتزاماته للمتنازل له دون المستأجر، **ولا حاجة إلى قبوله أو إعلانه رسميا»**(٤٥).

وإذا سلمنا أنه لاحاجة لرضاء المدين لانعقاد الحوالة (م٣٠٣ مدنى) وذلك على خلاف ماذهب إليه التقنين المدنى السابق، حيث كان يشترط رضاء المدين، ويرجع السبب فى ذلك أن انتقال الحق من دائن الى دائن آخر ليس من شأنه الإضرار بالمدين إضرارا يستوجب تحتيم رضائه لانعقاد الحوالة، ففى أكثر الأحوال يستوى لدى المدين أن يطالبه شخص أو آخر بالدين، وهو عندما يحرص على الا يتغير عليه دائنه يستطيع أن يتفق مع الدائن على عدم جواز الحوالة إلا برضائه أو بإعلانه. أما نفاذ الحوالة فى حق المدين لايكون الا برضائه أو باعلانه(٤٦).

---

(٤٥) السنهورى، نفس المرجع، فقرة ٤٥٣ ص ٦٦٣، وقارن
Ph. Malaurie, op. cit, p. 106 et Vo Raffary, op: cit. no 377 à 380.

(٤٦) السنهورى، المرجع السابق، جزء ٣، فقرة ٢٦٠ ص ٤٦٧.

وعلى ذلك فإن إعلان المدين بالحوالة أو قبوله إياها يعتبر شرطا لازما لنفاذها فى مواجهته. ويجب أن يكون إعلان المدين اعلانا رسميا على يد محضر فلا يكفى الإعلان الشفوى، ولا الإعلان المكتوب ولو فى كتاب مسجل، لكن أية ورقة رسمية تشتمل على بيانات الحوالة وتعلن للمدين تقوم مقام الإعلان، كإعلان صحيفة الدعوى التى يرفعها المحال له على المدين مطالبا إياه بوفاء الحق المحال به، ومن وقت وصول صحيفة الدعوى إلى المدين يعتبر هذا معلنا بالحوالة فتنفذ فى حقه وفى حق الغير[٤٧]. وقبول المدين للحوالة لايعنى أكثرمن أنه علم بوقوع الحوالة، فأصبحت سارية فى حقه، وصار واجبا عليه أن يدفع الدين للمحال له لا للمحيل. فالقبول، إذن لايفيد أكثر من إقرار من جانب المدين بأنه علم بوقوع الحوالة، ولا يفيد أن المدين أصبح طرفا فى عقد الحوالة، لأن هذا العقد يتم دون حاجة إلى قبوله، ومن ثم إذا رفض المدين أن يقبل الحوالة، أمكن الاستغناء عن قبوله باعلان الحوالة إليه، فالإعلان كالقبول يفيد حتما علم المدين بوقوع الحوالة[٤٨].

وليس للقبول شكل خاص، فيصح أن يكون فى ورقة رسمية، كما يصح أن يكون فى ورقة عرفية ثابتة التاريخ. أو فى ورقة عرفية غير ثابتة التاريخ بل يصح ألا يكون مكتوبا أصلا، فيكون قبولا شفويا، وقد يكون قبولا ضمنيا، كما إذا استوفى المؤجر الأجرة مباشرة من المتنازل له عن الإيجار دون أن يبدى تحفظ فى شأن حقوقه قبل المستأجر الاصلى (م ٥٩٧/ ثانيا مدنى).

فإذا كان المقصود من إعلان المدين بالحوالة أو قبوله بها هو اثبات علمه

---

(٤٧) نقض مدنى فى ١٩٧٦/٥/٢٤ مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٢٧ ص١١٧١.

(٤٨) أنظر فى نفس المعنى السنهورى، المرجع السابق، جزء ٣، فقرة ٢٦٧ ص ٤٧٩

بوقوعها، فهل يستخلص من ذلك أنه متى ثبت علم المدين بالحوالة ولو من طريق آخر غير الإعلان أو القبول، تكون الحوالة نافذ فى حقه؟

يجيب الفقيه على ذلك بألا يكون علم المدين بوقوع الحوالة أى قيمة طالما أنه لم يكن حاصلا بالطريق الذى رسمه القانون. «فلا يكون هذا العلم مهما استطاع ذو المصلحة أن يثبته، بل ولو أقر به المدين نفسه، كافيا فى جعل الحوالة نافذة فى حقه. ذلك أن القانون متى رسم طريقا محددا للعلم بتصرف معين، فلايجوز استظهار العلم الا بهذا الطريق. فالتسجيل مثلا طريق لشهر انتقال الحقوق العينية العقارية الأصلية، فلا يكون انتقال هذه الحقوق نافذا فى حق الغير إلا عن طريق التسجيل. والقيد طريق لشهر إنشاء الحقوق العينية العقارية التبعية، فلا تنفذ هذه الحقوق فى حق الغير الا بالقيد. وكذلك الإعلان أو القبول طريق لشهر انتقال الحقوق الشخصية، فلا تكون الحوالة نافذة فى حق المدين وفى حق الغير إلا بالإعلان أو القبول»[٤٩] هذه هى القاعدة، ولا تحتمل استثناء الا فى حالة الغش.

وهذا الاتجاه متأثر كثيرا باتجاه الفقه التقليدى فى فرنسا[٥٠]. كما أن هذا الاتجاه يخلط بين اجراءات الاخطار الواردة فى المادة ٣٠٥ مدنى وبين اجراءات الشهر والعلانية، كما أن هذا الاتجاه لم يفرق بين المتنازل لديه وبين الغير بالمعنى الفنى الدقيق[٥١].

وهذا التشدد الواضح من جانب هؤلاء الفقهاء لا يتفق مع موقفهم من نفاذ التنازل عن عقد الايجار، إذ فى نظرهم أن عدم اشتراط المدين فى عقد الايجار عدم جواز التنازل، يعتبر قبولا لحوالة الحق التى تتم بعد ذلك فى

(٤٩) السنهورى، المرجع السابق، جزء ٣، فقرة ٢٦٨ ص ٤٨١.

(٥٠) وهذا واضح من المراجع المشار اليها فى الهامش ٣ ص ٤٨١.

(٥١) انظر فى مثل هذه الانتقادات
Ph. Malaurie, op. cit, p 107; Larroumet, op. cit, no 36 p. 68.

حالة التنازل عن الإيجار. وعلى ذلك فإنه إذا عرض المتنازل على المؤجر تعين قبوله. ولذلك يمكن اعتبار التنازل عن الإيجار، كحوالة حق، ساريا فى حق المؤجر من وقت اخطاره بالتنازل حتى يفى بالتزاماته للمتنازل له دون المستأجر، **ولا حاجة إلى قبوله أو أعلانه رسميا**(٥٢).

ولهذا السبب فإن الرأى السائد فى مصر هو أن التنازل عن الإيجار، كحوالة حق، لا ينفذ فى حق المؤجر إلا من وقت إعلانه بالتنازل أو من وقت قبوله به(٥٣).

ويترتب على ذلك أنه اذا لم يعلن المؤجر بالحوالة أو لم يقبلها، فإن العلاقة بينه وبين المستأجر المتنازل تبقى قائمة ويستطيع المؤجر أن يتجاهل وجود المتنازل له عن الإيجار، أى لاتوجد أى علاقة بين المتنازل له والمؤجر.

أما بالنسبة لالتزامات المستأجر نحو المؤجر فإنها تنتقل أيضا بالتنازل إلى المتنازل له عن طريق حوالة الدين. **فلا يصبح** المستأجر مدينا للمؤجر، لا بدفع الأجرة. ولا باستعمال العين فيما أعدت له، ولا بالمحافظة عليها وما يدخل فى ذلك من القيام بالترميمات التأجيرية والمسئولية عن الحريق، ولا برد العين، ويصبح المدين بكل ذلك هو

---

(٥٢) وقد أدانت محكمة النقض المصرية هذا الرأى فى حكمها فى ١٩٥٩/١١/١٩، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٠ ص ٦٨٤ حيث أنها قررت «أن قبول المدين للحوالة حتى تنفذ قبله هو **القبول الذى يصدر منه وقت الحوالة أو بعدها**. ولايعد قبولا تصريح المدين فى سند الدين أنه يقبل مقدما حوالة حق للغير وذلك حتى يتحقق الغرض الذى يستهدفه المشرع من وجوب اتخاذ هذين الاجراءين بما يرفع الشك لدى المدين... بالنسبة للشخص الذى يجب أن يوفى له الدين عند حلول الميعاد الاستحقاق.

(٥٣) سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٢٤٠ ص ٥٣٩، عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٢٦٠ ص ٤٠٨ هامش١، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٢٦ ص ٥٨٠، توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ١٣٩، ص ٣١٨.

المتنازل له عن الإيجار.

لكن لايتحقق ذلك إلا بعد نفاذ حوالة الدين فى حق المؤجر. فمتى ينفذ التنازل فى مواجهة المؤجر؟ فالأمر يتعلق إذن بنفاذ حوالة الدين فى حق المؤجر، والقاعدة العامة فى هذه الحوالة أنها لاتكون نافذة فى حق الدائن الا إذا أقرها (م٣١٦/١ مدنى) فهل تنطبق هذه القاعدة العامة فى حوالة الدين على التنازل عن الإيجار، ولا تبرأ ذمة المستأجر من التزاماته نحو المؤجر ويصبح المتنازل له هو المدين بها الا من الوقت الذى يقر فيه المؤجر التنازل؟[٥٤].

بطبيعة الحال لايمكن أن يعيننا القانون الفرنسى فى هذه المسألة، إذ إن هذا القانون لايعرف حوالة الدين، وقد رتب الفقه والقضاء فى فرنسا على ذلك أن المستأجر فى التنازل عن الإيجار يبقى هو المدين نحو المؤجر ولايصبح المتنازل له مدينا لهذا الأخير، فالمستأجر اذا كان يستطيع أن ينقل حقوقه لا يستطيع أن ينقل التزاماته، على النحو السابق بيانه، وقد كان هذا هو أيضا الحكم فى التقنين المدنى المصرى القديم حيث أنه كان لايعرف أيضا حوالة الدين.

وعندما وضع التقنين المدنى الجديد نظم إلى جانب حوالة الحق حوالة الدين، ويترتب على ذلك أنه يمكن أن نقرر دون صعوبة أن المستأجر تبرأ ذمته من التزاماته نحو المؤجر وتنتقل هذه الالتزامات إلى المتنازل له، لكن يبقى أن نعرف متى يتم هذا الانتقال؟ وهل نطبق فى هذه المسألة القاعدة العامة فى حوالة الدين فلا تبرأ ذمة المستأجر من التزاماته الا من وقت أن يقر المؤجر التنازل؟

يجيب الفقه المصرى على هذا التساؤل بالايجاب. ويذهب إلى تطبيق

---

(٥٤) السنهورى، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقر ٤٧٦ ص ٧١٢

القاعدة العامة فى حوالة الدين، فلا تبرأ ذمة المستأجر عن التزاماته نحو المؤجر إلا من وقت أن يقر المؤجر التنازل. أما قبل ذلك، فإن المتنازل له لايكون ملزما مباشرة نحو المؤجر، بل يكون ملزما نحو المستأجر بالوفاء بهذه الالتزامات للمؤجر فى الوقت المناسب (م ١/٣١٧ مدنى).

ويقول الأستاذ الدكتور منصور مصطفى منصور «فقبل الإقرار يبقى المستأجر المتنازل ملتزما قبل المؤجر بالالتزامات التى يفرضها عليه عقد الإيجار، وعلى ذلك يلتزم كل من المتنازل له والمتنازل نحو المؤجر، لأن الأول قد التزم بهذه الالتزامات بمقتضى الحوالة، والثانى لم تبرأ ذمته منها مادم المؤجر لم يقبل الحوالة، ولهذا نص المشرع فى المادة ٥٩٥ على أنه «فى حالة التنازل عن الإيجار يبقى المستأجر ضامنا للمتنازل له فى تنفيذ إلتزاماته»[٥٥].

ويتشكك الأستاذ الدكتور السنهورى، فى هذا الرأى، بالرغم من اجماع الفقه عليه، على أساس «**أن حوالة دين المستأجر تختلف عن حوالة الدين بوجه عام** فى شئ هام. ففى حوالة الدين بوجه عام لم يكن الدائن قد أقر الحوالة مقدما قبل حصولها، ولذلك صح أن يقال فى هذا الصدد: «إن الدائن حر فى إقرار الحوالة أو رفضها ولاشئ يجبر الدائن على اقرار الحوالة، مهما يكن المحال عليه مليئا، حتى لو كان أكثر ملاءمة من المدين الأصلى...، فليس الدائن ملزما أن يغير مدينه حتى إلى مدين أفضل، فهذ أمر يرجع تقريره إليه هو، وإذا رفض إقرار الحوالة فلابد أن يكون من الأسباب

---

(٥٥) المرجع السابق، فقرة ٢٢٦ ص ٥٨٠، وقارن عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق فقرة ٢٧٣ ص ٤٢٨، محمد كامل مرسى، الايجار، فقرة ١٩٣ ص ٢٤٧ - ٢٤٨، محمد على إمام، المرجع السابق، فقرة ١٧١ ص ٤١٥ - ٤١٦، سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٢٥٧ ص ٥٩٠ وفقرة ٢٥٨ ص ٥٩١، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، ص ١١، ١١٢، عبد المنعم فرج الصده، الايجار، فقرة ٢٠٢ ص ٢٧٢.

ما يبرر في نظره الرفض، وهذا كاف ولا تعقيب عليه في تقريره، بل هو لا يسأل عن أسباب رفضه»[٥٦].

«فهل هذا القول ينطبق على المؤجر في حالة تنازل المستأجر عن الإيجار؟ أليس المفروض أن المؤجر، مادام لم يمنع المستأجر من التنازل بموجب الشرط المانع، قد قبل مقدما أن يتنازل المستأجر عن الإيجار والتزم بهذا القبول بموجب عقد الإيجار نفسه[٥٧]، ففيم اذن نوجب اقرار المؤجر للتنازل حتى يكون نافذا في حقه، وهذا الاقرار أمر مفروغ منه وقد افترض القانون أنه قد صدر فعلا من المؤجر منذ أن أبرم عقد الإيجار ولم يدرج فيه الشرط المانع؟ وإذا نحن أوجبنا عرض التنازل على المؤجر ليقره، أيملك هذا ألا يفعل وهو ملزما بأن يقره كما سبق القول؟ أليس من العبث أن تتقدم إلى المؤجر في اقرار التنازل ونحن نعلم أنه لا يملك الا أن يقره؟»[٥٨].

لذلك يذهب الدكتور السنهوري إلى اعتبار التنازل عن الإيجار نافذا في حق المؤجر دون حاجة إلى اقراره، فإن هذا الإقرار قد صدر منه مقدما منذ صدور عقد الإيجار. وتبرأ ذمة المستأجر من التزاماته بمجرد التنازل، ومن هذا الوقت أيضا يصبح المتنازل له هو المدين بهذه الالتزامات للمؤجر[٥٩] ويستدرك الدكتور السنهوري في الهامش فيقول «يبقى أن المؤجر قد لايعلم بالتنازل عن الإيجار، ولكن هذا ليست له أهمية عملية، فالمؤجر إذا كان لا يعلم بالتنازل، سيطالب المستأجر بالتزاماته، وعند ذلك يخطره المستأجر بالتنازل، فإذا شاء المؤجر التحفظ، أخطر المستأجر بأنه سيرجع على المتنازل له

---

(٥٦) السنهوري، المرجع السابق، جزء ٣، فقرة ٣٢١ ص ٥٧٥.

(٥٧) قارن مع ذلك عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٢٥٩ ص ٤٠٧ هامش ١ ومع ذلك انظر ماقرره في فقرة ٢٧٣ ص ٤٢٨.

(٥٨) السنهوري، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٧٦ ص ٧١٤.

(٥٩) السنهوري، نفس المرجع، نفس الموضع ص ٧١٥

ولكن دون أن يخلى ذمة المستأجر من الضمان. وإذا لم يتحفظ المؤجر على هذا النحو يكون قد قبل التنازل بعد حصوله قبولا ضمنيا، فتبرأ ذمة المستأجر من الضمان كما سيأتى. ومن ذلك يرى أن التنازل ينفذ أثره فى حق المؤجر من وقت حصوله، أما اخطار المؤجر به فالمقصود منه أن يعلم هذا أن المتنازل له قد أصبح هو المدين له»[٦٠].

ويضيف الأستاذ الدكتور السنهورى إلى ما تقدم أنه «ومن أجل هذا أراد المشرع، بعد أن استغنى عن إقرار المؤجر للتنازل بعد حصوله مكتفيا بالإقرار الضمنى الصادر قبل التنازل، ألا يحرم المؤجر من تأمين تكميلى، فيجعل المستأجر ضامنا للمتنازل له فى تنفيذ التزاماته كما سنرى، وأبقى هذا الضمان مقترنا بالإقرار الضمنى الصادر قبل التنازل حتى اذا صدر من المؤجر اقرار لاحق للتنازل فإن ذمة المستأجر تبرأ من هذا الضمان»[٦١].

ونجد الأستاذ الدكتور السنهورى يكشف، وبدون قصد، عن حقيقة التنازل عن العقد فيقول «وعلى ذلك يكون التنازل وحده كافيا لحلول المتنازل له محل المستأجر (المتنازل) فى جميع الحقوق. والالتزامات الناشئة عن عقد الإيجار، فتنتقل الحقوق من ذمة المستأجر، وتبرأ ذمته من الالتزامات، ولكنه يبقى ضامنا للمتنازل له فى تنفيذ الالتزامات (طبقا لنص القانون ٥٩٥ مدنى)، فإذا ما قبل المؤجر التنازل بعد حصوله، برئت ذمة المستأجر من هذا الضمان[٦٢].

وأهم ما يلاحظ على رأى الاستاذ الدكتور السنهورى بصدد نفاذ حوالة الدين هو عدم تناسقه مع رأيه فى نفاذ حوالة الحق والتى يعتبرها سارية فى

---

(٦٠) السنهورى، نفس المرجع، نفس الموضع، هامش ١.

(٦١) السنهورى، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٧٦ ص٧١٥.

(٦٢) السنهورى، نفس المرجع، نفس الموضع.

حق المؤجر من وقت إخطاره بالتنازل حتى يفى بالتزاماته للمتنازل له دون المستأجر ودون حاجة إلى قبوله أو إعلانه الرسمى، بينما بصدد حوالة الدين لم يشترط حتى مجرد الاخطار رغم خطورة حوالة الدين عن حوالة الحق لما تؤدى إليه من تغيير شخص المدين ، وهو أمر له خطورته كما قرر الأستاذ الدكتور السنهورى نفسه عند الكلام عن القواعد العامة لحوالة الدين والسابق الاشارة إليها.

كما أنه لايمكن بأية حال تفسير عدم اشتراط المؤجر وقت الإيجار عدم التنازل عن الإيجار بأنه إقرار مسبق لهذا التنازل، الذى قد يتم أو قد لايتم، فلم يخطر ببال الاطراف ولم يدر بخلدهم، أى لم تتجه إلى ذلك إرادتهم لا الصريحة ولا الضمنية، وأن القول بغير ذلك هو محض افتراض يخالف الواقع وصريح حكم القانون فى هذه الحالة، اذ يجب أن ينصب الاقرار على عملية التنازل ذاتها التى أبرمها المستأجر، وهذا لا يتسنى ولا يتحقق إلا بعد انعقادها[٦٣].

التحليل المقترح: وجوب الأخذ فى الاعتبار الطبية الخاصة للتنازل

نحن نرى أن طبيعة التنازل، باعتباره حلول شخص محل شخص آخر فى علاقة قانونية تفرض ضرورة قبول المتنازل لديه لهذا التنازل، أى قبول أن يكون المتنازل له، بدلا من المتنازل، طرفا معه فى العلاقة القائمة، وحيث إن التنازل عن العقد يعتبر تنازلا عن المركز العقدى أو الصفة العقدية فى العلاقة القانونية القائمة، بما يتضمنه ذلك من حقوق والتزامات وما يشتمل عليه

---

(٦٣) انظر فى نفس هذا المعنى منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٢٧ ص ٥٨١، وانظر فى فرنسا .Ph. Malaurie op. cit, p 234
وانظر نقض مدنى فى ١٩٧٨/١/٥، مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢٩ ص ٦١.
ونقض مدنى فى ١٩٧٨/٦/٢١ مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٢٩ ص ١٥١٠.

من حقوق ترخيصية وأى آثار قانونية أخرى مترتبة على ذلك المركز أو هذه الصفة، لذلك فإن المتنازل لايمكن أن يخرج من هذه العلاقة طالما أن المتنازل لديه لم يقبل هذا التنازل، وهذا ما يفرضه الأثر النسبى والقوة الملزمة للعقد.

أما بالنسبة لمعرفة أثر تخلف قبول المتنازل لديه على اتفاق التنازل فيما بين المتنازل والمتنازل له، فإنه يجب أن نقرر بداءة أن المتنازل، فى هذه الحالة، يبقى ملتزما في مواجهة المتنازل لديه، ثم بعد ذلك فإن الأمر مرجعه إلى الإرادة، إرادة الأطراف سواء فى عقد التنازل أو فى العقد المتنازل عنه.

فإذا كان العقد المتنازل عنه قد جعل التنازل مشروطا بموافقة الطرف الآخر فيه، المتنازل لديه، فإن التنازل، فى مثل هذه الحالة، لا وجود له، بل وإن إبرام مثل هذا التنازل يعتبر فى ذاته عدم تنفيذ للألتزامات الناشئة عن العقد المتنازل عنه، مما قد يؤدى إلى الفسخ.

لكن يجب، علاوة على ذلك، أن نفحص عقد التنازل ذاته، حيث إن المتنازل والمتنازل له يمكنهما تحديد نطاق التزاماتهما، فإذا أعلن المتنازل أنه لايرغب فى التنازل عن حقوقه الا إذا برأت ذمته من الالتزامات المقابلة، فإن الأمر بات واضحا، حيث إن قبول المتنازل لديه أصبح ضروريا لوجود التنازل ذاته، ورفضه يجعل هذا الاتفاق عديم القيمة. أما اذا قبل المتنازل بأن يبقى مدينا للمتنازل لديه، رغم التنازل، فإن هذا لايمنع من انتقال الحقوق الى المتنازل له، وان كان هذا لايمثل الوضع العادى للتنازل. فالوضع العادى للتنازل يستلزم التنازل عن المركز العقدى أو صفة المتعاقد، بما يتضمنه ذلك عن حقوق والتزامات، مما يتحتم معه خروج المتنازل من العقد المتنازل عنه، ومن ثم براءة ذمته من التزاماته.

الفصل الثانى

آثار التنازل عن العقد

سبق أن رأينا أن التنازل عن العقد لايعدو أن يكون اتفاق يحل بمقتضاه المتنازل له محل المتنازل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات فى علاقة قانونية قائمة من قبل. فالتنازل عن العقد يتولد عنه علاقات ثلاثية: علاقة بين المتنازل والمتنازل له، وعلاقة بين المتنازل له والمتنازل لديه، وعلاقة بين المتنازل والمتنازل لديه. ولندرس هذه العلاقات الثلاث على التوالى.

المبحث الأول

العلاقة بين المتنازل والمتنازل له

هذه العلاقة يتأثر مداها بالطبيعة القانونية للتنازل التى تتبناها، كما أن مضمون هذه العلاقة يختلف بالنسبة للمتنازل عنه بالنسبة للمتنازل له. فنلدرس هاتين النقطتين على التوالى.

المطلب الأول

مدى هذه العلاقة وأثر طبيعة التنازل عليه

هذه العلاقة تنشأ مباشرة عن اتفاق التنازل. ولذلك فإن نطاق ما ينشأ عنها من حقوق والتزامات لكل من الطرفين يتحدد وفقا لهذا الاتفاق. واتفاق التنازل عن العقد هو اتفاق ملزم للجانبين يعتبر كل من الطرفين دائن ومدينا فى نفس الوقت. فالمتنازل يتخلى عن حقوقه الناشئة من العقد المتنازل عنه للمتنازل له فى مقابل تحمل هذا الأخير بالالتزامات التى تقع على عاتقه من هذا العقد. وقد يكون هذا التنازل بمقابل أو بدون مقابل.

فاذا كان هناك مقابل للتنازل فإن المتنازل له يدفعه للمتنازل إلى جانب تحمله بالالتزامات الناشئة عن العقد المتنازل عنه فى مواجهة المتنازل لديه - فمثلا لو كان العقد المتنازل عنه عقد ايجار فإن المتنازل له يدفع للمتنازل مقابل لهذا التنازل بالإضافة إلى الأجرة التى يلتزم بها المتنازل له للمؤجر (المتنازل لديه)، وهى نفس الأجرة التى كان يدفعها المستأجر (المتنازل)، وهى فى العادة تدفع أقساطا، ثم هى مضمونة بامتياز المؤجر، وهى فى ذلك تختلف عن مقابل التنازل.

وقد يكون التنازل عن العقد بغير مقابل. ويقع ذلك بوجه خاص اذا باع المستأجر متجرا لمشترى على العقار المؤجر، وتنازل فى الوقت ذاته عن الايجار لمشترى المتجر، فإنه فى هذه الحالة لا يتقاضى مقابلا محدد عن التنازل عن الايجار، أو هو ان تقاضى مقابلا فإنه يدخل فى جملة ما يدفعه المشترى ثمنا للمتجر[1].

ويتضح مما سبق أننا نجد فى التنازل عن العقد أن العقد المتنازل عنه نفسه «هو الذى يتحول إلى المتنازل له بجميع ما يشتمل عليه من أركان وحقوق والتزامات وشروط دون أى تحوير فيها، ويحل المتنازل له محل المستأجر فى كل ذلك، ويصبح هو المستأجر فى عقد الايجار بدلا من المستأجر الاصلى»[2].

وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٥٩٥ مدنى يؤكد هذا المعنى، اذ كان يجرى على الوجه الآتى: «فى حالة التنازل عن الايجار يحل المتنازل اليه، فى علاقته مع المؤجر، محل المستأجر فى جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الايجار. ومع ذلك يبقى المستأجر ضامنا للمتنازل اليه فى

(١) السنهورى المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٦٧ ص ٦٩٨.

(٢) السنهورى، نفس المرجع، نفس الموضع.

تنفيذ التزاماته». وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى: «ففى التنازل عن الايجار يحل المتنازل اليه محل المستأجر فى جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الايجار. ويكون هذا بمثابة الحوالة فى الحقوق والديون فى وقت واحد» وقد حذف الحكم الخاص بعلاقة المتنازل له بالمؤجر فى لجنة المراجعة «اكتفاء بتطبيق القواعد العامة وأحكام الحوالة»[٣].

ويبدو لنا أن تبرير المذكرة الايضاحية للحذف لم يكن موفقاً، وذلك لأنه على الرغم من وضوح جوهر فكرة التنازل فى ذهن واضعى التقنين المدنى المصرى إلا أنهم لم يمكنهم التخلص كلية من تصوير الفقه التقليدى فى فرنسا للتنازل عن العقد[٤]. كما قد تأثر بذلك الفقه المصرى فيما بعد.

فالتنازل عن العقد ليس مجرد حوالة للحقوق والديون فى وقت واحد منظور إلى كل منها على حدة، وإنما هو عبارة عن التنازل عن الرابطة العقدية كاملة، وباعتبارها وحدة واحدة، أو بعبارة أخرى التنازل عن المركز العقدى فى رابطة عقدية موجودة من قبل. وهذا التحليل يستند إلى مبررات شخصية، ومبررات موضوعية فى نفس الوقت: - فقصد المتعاقدين فى اتفاق التنازل لا يرمى إلى الفصل بين الجانب الايجابى والجانب السلبى فى العقد، وإنما على العكس يهدف إلى التنازل عنهما معا كوحدة واحدة. كما أن محل التنازل ليس مجرد الجمع الحسابى بين الحقوق والديون وإنما هو شئ أكثر من ذلك، إنه التنازل عن «صفة المتعاقد» فى الرابطة العقدية

---

(٣) مجموعة الأعمال التحضرية، ٤، ص ٥٦٣ - ٥٦٥.

(٤) أنظر فى ذلك:

Ph. Malaurie, op. cit, J. Ghestin, rapport, op. cit.

الموجـودة. فـالعـقـد المتنـازل عنـه فـى ذاتـه عـقـد ملزم للجـانبين. وفى العقود الملزمة للجانبين يكون كل طرف فيها دائنا ومدينا فى نفس الوقت، كما أنه ينشأ عن هذه العقود حقوق والتزامات متقابلة ومتداخلة، وهذه وتلك تكون وحدة واحدة، حيث إن هذه العناصر، وتلك الآثار غير قابلة للانقسام.

وما يعزز هذا التحليل تطور فكرة الالتزام ذاتها. فلم يعد الالتزام مجرد رابطة شخصية محضة فحسب. وإنما أصبح أيضا قيمة مالية، عنصرا من عناصر الذمة المالية. وهذا يعنى أن العقد ذاته أصبح، وذلك بعد تطور طويل، قيمة مالية، قيمة اقتصادية قابلة أيضا للانتقال مثله مثل أى عنصر من عناصر الذمة المالية[٥].

وعـلى ذلـك فـإن التنـازل عـن العـقـد ليس الا تنازلا عن رابطة عقدية موجـودة مـن قبل، وبما تتضمنه من حقوق والتزامات، ومنظورا اليها باعتبـارهـا وحـدة واحـدة غيـر قابلـة للتجزئـة. ولهذا فإن المتنازل لديه لايمكنه أن يرجع على المتنازل له بما له من حقـوق الا إذا قـبل هذا الأخير التحمل بالالتزامات الناشئة عن العقد المتنازل عنه. وهذا ليس إلا تطبيقا لمبدأ التقابل بين الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقود الملزمة للجانبين[٦].

فالتنـازل عـن العقـد ليس مجرد حوالة للحقـوق والديون فى وقت واحد، وإنما هو شئ أكثر من ذلك، حيث يتضمن أيضا انتقال الحقوق الترخيصية Les droits potestatifs.

---

(5) Larroumet, op. cit, no 103. pp 244 - 246.

(6) CF. Larroumet, op. cit, no 103 et 104 pp. 242 - 249.

وإن كانت فكرة الحقوق الترخيصية لم تأخذ مكانها المناسب بعد فى القانون الوضعى الفرنسى والمصرى، إلا أنها موجودة فى شكل تطبيقات متناثرة فى القانون الوضعى[٧]. ومهد فكرة الحقوق الترخيصية هو القانون الألمانى والقانون الأيطالى، وقد انتقلت إلى القانون السويسرى مع بعض التحفظ وتحت اسم Les droits formateurs[٨].

ولالقاء نظرة سريعة على فكرة الحقوق الترخيصية، نرجع إلى بعض تطبيقاتها فى القانون الوضعى: فنجد أن هناك الحقوق الترخيصية الذاتية أو المستقلة Les droits potestatifs autonomes، مثل إعلان الرغبة فى الوعد بالتعاقد، وإلى جانب ذلك هناك الحقوق الترخيصية المساعدة Les droits potestatifs auxiliaires، ومثلها حق الانهاء بالإرادة المنفردة للعقود غير المحددة المدة، حق طلب إبطال العقد لعيب من عيوب الإرادة المنفردة أو لنقص الاهلية، أو حق طلب الفسخ لعدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته، أو حق إعذار المتعاقد، أو حق اختيار محل الوفاء فى الإلتزامات التخييرية.

ويمكن القول بصفة عامة إن الحقوق الترخيصية هى الحقوق التى

---

(٧) أنظر مع ذلك:

Louis Boyer, Les Promesses Synallagmatiques de Vente, Rev. tr. dr. Civ. 1949, p 26, no 27; Rep. civ: 2e éd: 1971. vo Contrats et Conventions no 127; Lapp. La Cession de Contrat, thèse précitée no 20 et 29- 32; I. Naggar le droit d'option, Thèse, Paris 1967.

وانظر أحمد سلامة، القانون الزراعى– الملكية والإيجار ١٩٧٧، فقرة ٢٩ ص ٩٢ حيث أنه يشير إلى أن الحق فى توفيق أوضاع الأسرة طبقاً لقوانين الاصلاح الزراعى يعتبر حق ترخيصى Un droit Formateur وانظر نقض مدنى فى ١٩٦٨/٢/٢٢، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٩ ص ٣٥٧.

(8) Engle, Traité des obilgation en Droit swiss, Neufchatel, 1973, pp. 31- 34.

تسمح لأصحابها باستعمالها بإرادتهم المنفردة، وينشأ عنها مركز قانونى جديد منشئ لحقوق والتزامات. وهذه الحقوق لها قيمة مالية. أما بالنسبة للحقوق الترخيصية المساعدة، فإنها ترتبط بمركز عقدى معين أكثر من ارتباطها بشخص معين – ويترتب على ذلك أنها تنتقل بالتبعية لانتقال المركز العقدى المرتبطة به.

والمثل الواضح على ذلك هو التنازل عن العقد غير المحدد المدة، ففى مثل هذا العقد نجد أن القانون يخول لمن تعاقد، لمدة غير محددة، سلطة إنهاء العقد بالإرادة المنفردة. وهذا المتعاقد يستعمل هذا الحق كلما وجد أن العقد لم يعد يحقق مصالحه. ومركز هذا المتعاقد يمكنه من استعمال هذا الحق لأنه هو الذى يستطيع أن يقدر ما إذا كان العقد مازال يحقق مصالحه أم لا، أى تقدير ما يعود عليه من نفع وما يلحقه من خسارة، حيث أن صاحب هذا المركز، فى جانبه الإيجابى والسلبى ولهذا لنا أن نتساءل عن الفائدة التى يمكن أن يجنيها شخص أجنبى، ليس طرفا فى العقد، عندما يطلب انهاء هذا العقد؟ كما أن انتقال حق الانهاء ليس له أى معنى عندما يكون هناك حوالة فقط، لأن المحال له لا يرى أى داع لوضع حد لمركز لا يمثل الا فائدة محضة له. كما أن المحيل لا يمكن أن يطلب الانهاء والا رجع عليه المحال له بالضمان. ولذلك لا تبدو مصلحة المتنازل له، فى التنازل واضحة فى انهاء العقد الا إذا كان قد وضع فى نفس مركز المتنازل، أى يوجد تنازل عن المركز العقدى ذاته، بما يتضمنه من حقوق والتزامات.

ويترتب على ذلك أن حق طلب إنهاء العقد غير المحدد المدة، كحق ترخيصى، ينتقل مع المركز العقدى، مع العقد، بينما لا يمكن نقله استقلالا، أو نقله مع مجرد حوالة الحق.

وقد وجدنا فى ثنايا كتابات بعض الفقهاء فى مصر[٩]، ما يدل على

(٩) السنهورى، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٦٧، ص ٦٩٨.

ذلك، حيث يرى هؤلاء الفقهاء فى التنازل عن الإيجار أن «**عقد الإيجار نفسه هو الذى يتحول إلى المتنازل إليه بجميع ما يشتمل من أركان وحقوق والتزامات وشروط ودون تحوير فيها، ويحل المتنازل إليه محل المستأجر (المتنازل) فى كل ذلك ويصبح هو المستأجر فى عقد الإيجار بدلا من المستأجر الأصلى**» «**ويترتب على ذلك أن الأسباب المتعلقة بالمستأجر ويكون من شأنها انهاء عقد الإيجار أو فسخه، كالموت أو الاعسار أو الافلاس أو الاخلال بالالتزام، ويرجع فيها لا إلى المستأجر (المتنازل) بل إلى المتنازل له عن الإيجار[10] لأن المتنازل له قد أصبح بالتنازل هو المستأجر وانقطعت صفة المستأجر المتنازل**[11].

وواضح من هذا العرض أثر طبيعة التنازل عن العقد على مدى العلاقة بين المتنازل والمتنازل له. وهذا يؤكد مرة أخرى أن للتنازل عن العقد طبيعة خاصة تختلف عن مجرد حوالة الحقوق والديون فى نفس الوقت.

المطلب الثانى

مضمون هذه العلاقة

ولتحديد مضمون هذه العلاقة ينبغى أن نتعرف على التزامات كل من المتنازل والمتنازل له.

أولاً: التزامات المتنازل:

ينشئ اتفاق التنازل على عاتق المتنازل التزامين أساسيين:

(١٠) السنهورى، نفس المرجع، فقرة ٤٦٧، ص ٦٩٨، ٦٩٩، هامش ٣.

(١١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٢٧٥ ص ٤٣١ هامش ٣، سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٢٥٩، ص ٣٧٩ هامش ٢، توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ١٣٨، ص ٣١٦- وأنظر ما يؤكد ذلك أيضا، السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٤٨٥، ص ٧٢٧ هامش

بالنسبة للالتزام بالضمان، فإن المتنازل لا يضمن إلا وجود العقد وصحته، وقابليته للتنازل، وبصفة خاصة ما ينشأ عنه من حقوق. وعلى ذلك فإذا كانت هذه الحقوق قد انقضت لأى سبب من أسباب الانقضاء، أو أنها زالت نتيجة المطالبة بالفسخ، أو أنها قد شلت نتيجة الدفع بالبطلان أو الإبطال، فإن المتنازل يكون ضامنا، فالمتنازل لا ينقل إلى المتنازل له من حقوق أكثر مما هو ثابت له[12].

وعلى العكس من ذلك، فإن المتنازل لا يضمن للمتنازل له يسار المتنازل لديه، مالم يتفق على ذلك صراحة. كما أن ضمان المتنازل لا يمتد ليشمل ضمان تنفيذ العقد المتنازل عنه من جانب المتنازل لديه. وعلى ذلك فان المتنازل يستحق المقابل المتفق عليه فى اتفاق التنازل حتى لو لم يقم المتنازل لديه بتنفيذ العقد المتنازل عنه[13] كما أن المتنازل لا يضمن للمتنازل له التعرض الصادر من الغير. وإذا كان المتنازل لديه ملتزما طبقا للعقد المتنازل عنه بتسليم شئ معين فان المتنازل لا يلتزم بضمان العيوب الخفية فى هذا الشئ.

ويمكن الاتفاق على تشديد التزام المتنازل بالضمان أو تخفيفه. ولذلك يمكن أن يتفق على أن يضمن المتنازل ليس فقط يسار المتنازل لديه، وإنما يضمن أيضا تنفيذ هذا الأخير للعقد المتنازل عنه. وعلى العكس يمكن للمتنازل أن يخفف من التزامه بالضمان بالاتفاق على إعفائه حتى من

(12) Civ. 22 janv. 1957, D. 1957, 598; Civ3- 24 oct. 1968, Bull: Civ: II, no. 409.

(13) Civ. 6 Juin 1857; D. P. 57. I: 289. Vo aussi ch Lapp: Encyclopédie Dalloz. Cession de Contrat, no 35, 36. 37 p.3.

ضمان وجود العقد وصحته، الا فى حالتى الغش والخطأ الجسيم. وان كان يجوز له أن يتفق على إعفائه من هذا الإلتزام حتى فى حالتى الغش والخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ الإلتزام (انظر م ٢/٢١٧ مدنى مصرى).

ومضمون التزام المتنازل بالضمان على هذا النحو يكشف الفرق الجوهرى بين التنازل عن العقد والبيع.

أما بالنسبة للالتزام بالتسليم، فإن المتنازل يلتزم بأن يسلم العقد المتنازل عنه إلى المتنازل له. ويعتبر المتنازل مسئولا فى مواجهة المتنازل له إذا كانت الحقوق التى انتقلت فعلا إلى هذا الأخير لا يتفق نطاقها مع ماهو متفق عليه، أو إذا كانت الأعباء التى انتقلت إلى المتنازل له أشد مما كان يعتقد فى اضطلاعه بها طبقاً للعقد المتنازل عنه.

والقاضى يقدر فى مثل هذه الحالات ما إذا كان عدم التنفيذ يكفى لفسخ اتفاق التنازل من عدمه، أو إذا كان هناك محل للتعويض من عدمه.

كما يجب على المتنازل أن يعطى المتنازل له كافة المستندات والأوراق اللازمة لاثبات العقد المتنازل عنه أو التى تخول له ممارسة حقوق الناشئة عن هذا العقد. وهذا الأمر لا يصدق إلا فى حالة براءة ذمة المتنازل كلية فى مواجهة المتنازل لديه.

ثانياً: التزامات المتنازل له:

ولما كان محل التنازل عن العقد هو الرابطة العقدية، بما تتضمنه من حقوق والتزامات بين المتنازل والمتنازل لديه، والذى أدى إتفاق التنازل إلى حلول المتنازل له فيها محل المتنازل، فانه بطبيعة الحال سيلتزم المتنازل له

بالإلتزامات التى كانت تقع على عاتق المتنازل فى مواجهة المتنازل لديه.
جملة القول إن المتنازل له يلتزم بمقتضى اتفاق التنازل إن يدفع مقابل هذا التنازل. اذا كان التنازل بمقابل، بالإضافة إلى التزامه بكافة الإلتزامات الناشئة عن العقد المتنازل عنه والتى كان يلتزم بها المتنازل فى مواجهة المتنازل لديه.

لكن هل يلتزم المتنازل له، فى العقود المستمرة، بدفع ما كان مستحقا على المتنازل عن الفترة السابقة على التنازل، والذى لم يقم بالوفاء به؟ فى الحقيقة إن المتنازل له لا يلتزم، كقاعدة عامة، إلا عن الإلتزامات التى تستحق ابتداء من تاريخ التنازل، هذا ما لم يوجد اتفاق على خلافه، فاذا اضطر المتنازل له إلى الوفاء بما كان مستحقا على المتنازل له عن الفترة السابقة على التنازل وذلك نتيجة لالتجاء المتنازل لديه للدفع بعدم التنفيذ، فانه يكون له أن يرجع بما وفاه عن المتنازل وذلك طبقاً لقواعد دفع غير المستحق، مالم يكن ضامنا له فى التنفيذ أو لم يكن قد برأت ذمته فى مواجهة المتنازل لديه.

المبحث الثانى

العلاقة بين المتنازل له والمتنازل لديه

سبق أن رأينا أن التنازل عن العقد اتفاق يحل بمقتضاه المتنازل له محل المتنازل فى رابطة عقدية قائمة من قبل، وبما تتضمنه هذه الرابطة من حقوق والتزامات. فالمتنازل له يحل محل المتنازل، فيما له من مركز عقدى، فى صفته العقدية. فالعقد المتنازل عنه نفسه هو الذى يخول إلى المتنازل إليه بجميع ما يشمل عليه من أركان وحقوق والتزامات وشروط دون تحوير فيها..»[١٤] « فإذا ما حل المتنازل له محل المتنازل، فإنه لا يوجد إلا عقد

(١٤) السنهورى، المرجع السابق. جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٦٧، ص ٦٩٨.

إيجار واحد يقوم بين المؤجر (المتنازل لديه) وبين المتنازل له ويخرج المستأجر (المتنازل) بذلك من هذه العلاقة، ويفقد بالتالي صفته كمستأجر، مع انتقال هذه الصفة إلى المتنازل له»[١٥].

وبعد التنازل لم يعد المتنازل دائنا للمتنازل لديه ولا مدينا له، فاختفت بذلك وساطته بين المتنازل لديه والمتنازل له وأصبحت العلاقة بين هذين الآخيزين علاقة مباشرة [١٦] وعلى ذلك يكون التنازل وحده كافيا لحلول المتنازل له محل «المتنازل» في جميع الحقوق والإلتزامات الناشئة عن العقد المتنازل عنه، فتنتقل الحقوق من ذمة المتنازل، وتبرأ ذمته من الإلتزامات[١٧].

وعلى ذلك فإنه نتيجة للتنازل تقوم علاقة مباشرة بين المتنازل لديه والمتنازل له، بموجبها يستطيع المتنازل لديه أن يطالب المتنازل له بجميع التزامات المتنازل، ويستطيع المتنازل له أن يطالب المتنازل لديه بجميع حقوق المتنازل، فيكون لكل منهما أن يرفع دعوى مباشرة على الآخر، ويختفي من بينهما المتنازل كوسيط[١٨].

ويترتب على ذلك أن للمتنازل لديه أن يتمسك قبل المتنازل له بالدفوع التي كان له أن يتمسك بها قبل المتنازل وقت نفاذ التنازل في حقه، كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد التنازل، ومن ثم يجوز للمتنازل لديه أن يدفع رجوع المتنازل له عليه ببطلان عقد التنازل، أو بعدم

---

(١٥) توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ١٣٨، ص ٣١٦.
(١٦) السنهوري، المرجع السابق، جزء٦، المجلد الأول، فقرة ٤٧٤، ص ٧١١.
(١٧) السنهوري، نفس المرجع، فقرة ٤٧٦، ص ٧١٥.
(١٨) السنهوري، المرجع الاسبق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٨٣ ص ٧٢٥، ٧٢٦. وانظر نقض مدني في ١٩٣٦/٤/١٦ الموسوعة الذهبية للقواعد القانوني التي قررتها محكمة النقض المصرية منذ انشائها عام ١٩٣١، حسن القلهاني، وعبد المنعم حسني، الاصدار المدني، الجزء الثالث، ١٩٨٢، ص ٧٥٢ رقم ١٣٥٨ وأيضاً نقض مدني في ١٩٧٦/٣/٣ مجموعة أحكام النقض، س ٢٧، ص ٥٥٦، الموسوعة ص ٧٦٤ رقم ١٣٨٠.

نفاذ هذا العقد فى حقه لأنه أخل بشرط مانع فى العقد المتنازل عنه. كذلك يجوز للمتنازل لديه أن يحتج على المتنازل له بأن العقد المتنازل عنه ذاته باطل أو قابل للابطال ويطلب إبطاله، أو قابل للفسخ ويطلب فسخه، وله أن يحتج إذا رجع عليه المتنازل له بتعويض ناشئ عن عدم تنفيذ العقد المتنازل عنه بمقاصة قضائية تقع بين هذا التعويض وبين ما تأخر فى ذمة المتنازل(١٩).

وكذلك يجوز للمتنازل لديه أن يرفع دعوى مباشرة على المتنازل له ليطالبه فيها بالتزامات المتنازل نحوه والناشئة من العقد المتنازل عنه والتى حل فيها المتنازل له محله.

ويفسر الفقه والقضاء فى مصر بأن التنازل عن العقد ما هو إلا حوالة حقوق، وحوالة ديون فى وقت واحد. وعلى ذلك فإن المتنازل، باعتباره دائنا، يحول حقوقه قبل المتنازل لديه إلى المتنازل له، فيحل هذا الأخير محله ويصبح هو الدائن المباشر للمتنازل لديه، ذلك طبقا لقاعد حوالة الحق(٢٠).

وبالرغم من هذا التفسير السائد نجد أن الفقه فى مصر يؤكد على أن الأسباب المتعلقة بشخص المستأجر، والتى من شأنها أن تنهى الإيجار،

---

(١٩) أنظر السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٤٨٤، ص ٧٢٦، سليمان مرقس، المرجع السابق، فترة ٢٥٩، ص ٥٩٥ عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٢٧٥ ص ٤٣١ هامش ١.

(٢٠) أنظر السنهورى، المرجع السابق، نفس الموضع، سليمان مرقس، نفس الموضع، عبد الفتاح عبد الباقى، نفس المرجع، نفس الموضع، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٢٧، ص ٥٨٢، عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، فقرة ٢٠٣، ص ٢٧٦، توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ١٥٩، ص ٣٧١، وأنظر الأحكام السابق الإشارة إليها، بالإضافة إلى نقض مدنى فى ١٩٧٨/١/٢ السابق الإشارة إليه، نقض مدنى فى ١٩٧٨/٦/٢١ السابق الإشارة إليها، بالإضاقة إلى نقض مدنى فى ١٩٧٨/١/٢ السابق الرشارة إليه، نقض مدنى فى ١٩٧٨/٦/٢١ السابق الإشارة إليها.

كالاعسار والإفلاس والوفاة، يعتد فيها بشخص المتنازل له لا بشخص المستأجر، لأن المتنازل له قد أصبح هو المستأجر(٢١). كما أنه إذا كان العقد المتنازل عنه ثابتا فى سند رسمى، فإن المتنازل لديه يستطيع أن ينفذ مباشرة بموجب هذا السند الرسمى على أموال المتنازل له كما كان له أن ينفذ بموجب هذا السند على أموال المتنازل، حتى لو كان عقد التنازل غير ثابت فى سند رسمى(٢٢).

فالتنازل عن العقد يترتب عليه حلول المتنازل له محل المتنازل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات فى رابطة قانونية قائمة، ولذلك فانه يترتب عليه انتقال الحقوق والإلتزامات بجميع مقوماتها وخصائصها وصفاتها وأوصافها وضماناتها ودفوعها وتوابعها. كالحقوق الترخيصية، وغيرها من الدعاوى التى تؤكد الحق. فالتنازل ليس مجرد حوالة حقوق وحوالة ديون وانما هو شئ أكثر من ذلك، فهو حلول المتنازل له محل المتنازل فى مركزه العقدى، أو صفته العقدية، فى رابطة قانونية موجودة من قبل، بكل ما يتضمنه ذلك من حقوق والتزامات وغيرها من أوصاف أو آثار قانونية أخرى على النحو السابق بيانه(٢٣).

وهذا الذى نقول به يتفق وطبيعة التنازل الخاصة، ولايتعارض مع المبادئ العامة فى القانون المدنى المصرى. بينما نجد صعوبات كثيرة تصادفه فى

---

(٢١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق فقرة ٢٧٥ص ٤٣١ هامش٢، سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٢٥٩ ص ٥٩٦ هامش ٢، السنهورى، المرجع السابق، فقرة ص ٦٩٨، ٦٩٩، هامش ٣.

(٢٢) أنظر السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٤٨٥ ص ٧٢٧ هامش١، الوسيط جزء ٣، فقرة ٢١٤، وعبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٨٣٨٣ ص ٤٤٤ هامش ٤.

(٢٣) أنظر مثل هذه الخلاصة فى القانون المقارن

M. Fontaine, La transmission des obligations de lage ferenda, in la transmission, op. cit, p. 646, 647.

القانون المدنى الفرنسى، وذلك لأن التقنين المدنى الفرنسى لا يعرف حوالة الدين. وبالرغم من ذلك نجد أن الاتجاه الحديث فى القانون الفرنسى يذهب إلى التسليم بالطبيعة الخاصة للتنازل عن العقد[٢٤] بل ويذهب البعض إلى أنه يترتب على مجرد التنازل عن العقد قيام علاقة مباشرة بقوة القانون بين المتنازل له والمتنازل لديه وبدون حاجة إلى قبول المتنازل لديه لهذا التنازل، بل حتى لو لم يعلن إليه[٢٥].

بينما نجد القضاء الفرنسى يجعل وجود حقوق المتنازل له قبل المتنازل لديه متوقفا على اتباع الاجراءات الشكلية الواردة فى المادة ١٦٩٠ مدنى فرنسى، أى ضرورة قبول المتنازل لديه، حتى لو كان هذا القبول ضمنيا كما سبق بيانه، فى الوقت نفسه يسمح بقيام حقوق المتنازل لديه مباشرة قبل المتنازل له، ودون اتباع الإجراءات الشكلية الواردة فى المادة ١٦٩٠ مدنى فرنسى وذلك على النحو السابق بيانه.

أما بالنسبة للفقهاء الذين يتشككون فى وجود التنازل عن العقد، يترددون فى السماح بقيام هذه العلاقة المباشرة. فنجد البعض يذهب إلى أن المتنازل له يمكن أن يكون دائناً للمتنازل لديه، لكن لايمكن أن يكون مدينا له[٢٦]، وهذا يبدو مخالفا لطبيعة العقد الملزم للجانبين كما سبق البيان. بينما يذهب البعض الآخر منهم إلى الاعتراف للمتنازل لديه بدعوى مباشرة قبل المتنازل له ولكنهم لا يسمحون بفكرة حوالة الدين، ولذلك يضطرون إلى تبرير ذلك بالالتجاء إلى الاشتراط لمصلحة الغير الضمنى الذى يكون

(٢٤) أنظر

Lapp. op. cit, nos 38 et 39, Vilar, op. cit, p. 199 et 201, Larroumet, op. cit, p241, Raffary, op. cit, p. 140 et 14, Ph. Malaurie, op, cit p: 25 á 27 et p: 79 et s. CF. P. Raynaud. Cours précité.

(25) Larroumet, op. cit, nos 110, 111, et 125 p. 290 et s.

(26) Planiol et Ripert, op. cit, tx, par. A. Tunc, 1959, no 560 p. 786

بالتبعية للتنازل عن العقد[٢٧] ويبدو لنا أن هذا التفسير غير مجد، ومجازى، وغير دقيق كما سبق البيان تفصيلاً.

المبحث الثالث

العلاقة بين المتنازل والمتنازل لديه

إن العلاقة بين المتنازل والمتنازل لديه تعتبر من أهم العلامات المميزة للتنازل عن العقد الملزم للجانبين، وذلك لأنها تثير العديد من المشاكل الأساسية للتنازل والتى تركزت حولها الكثير من المناقشات. ومن أهم هذه المشاكل هى معرفة ما إذا كان يترتب على التنازل براءة ذمة المتنازل من التزاماته، ومن ثم خروجه من الرابطة العقدية القائمة والتى حل فيها محله المتنازل له فى مواجهة المتنازل لديه، أم أنه يبقى ملتزماً فى مواجهه المتنازل لديه إلى جانب المتنازل له؟ واذا بقى ملتزما بالرغم من التنازل؟ فما هو مركزه القانونى هل يعتبر مديناً أصلياً مع المتنازل له، أم أنه يعتبر مجرد مدينا احتياطيا، أم أنه يعتبر مجرد ملتزم بضمان التنفيذ من قبل المتنازل له. وقد سبق أن عرضنا لهذه المشاكل تفصيلا، والآن نعرض لها فى حدود ما يلزم لمعرفة مدى العلاقة بين المتنازل والمتنازل لديه. ونحن نعتقد أن خير وسيلة لذلك هو أن نفرق، فى هذا الصدد، بين التنازل التام أو الكامل وغيره من صور التنازل.

(27) MM. Mazeaud, op. Cit, no 1081.

المطلب الأول

التنازل التام أو الكامل

La Cession Parfaite

والتنازل التام أو الكامل هو الذى يمثل الوضع العادى فى التنازل عن العقد، ولذلك فهو لا يثير أدنى مشكلة، وبصفة خاصة فى العلاقة بين المتنازل والمتنازل لديه.

وصورة هذا التنازل تتمثل فى أن يتم التنازل فيما بين المتنازل والمتنازل له، ثم يقبله أو يوافق عليه المتنازل لديه، فى هذه الحالة تنشأ علاقة مباشرة بين المتنازل له والمتنازل لديه، وتبرأ ذمة المتنازل من جميع التزاماته، ويخرج بالتالى من هذه العلاقة، التى يصبح طرفاها: المتنازل له والمتنازل لديه.

وعلى ذلك فإنه فى التنازل التام أو الكامل يوجد، فى نفس الوقت، حلول للمتنازل له محل المتنازل فى جميع ماله من حقوق وما عليه من التزامات، وبراءة ذمة المتنازل من التزاماته. ففى هذه الحالة يستمر العقد المتنازل عنه مع المتنازل له، أما المتنازل فيخرج كلية من هذا العقد، والمتنازل لديه لم يبق له سوى مدين واحد هو المتنازل له.

فى فرنسا يرى بعض الفقهاء أن مجرد التنازل عن العقد ينشئ علاقة مباشرة بقوة القانون بين المتنازل له والمتنازل لديه. وبدون حاجة إلى قبول المتنازل لديه لهذا التنازل، بل حتى لو لم يعلن إليه[٢٨]. فبالنسبة لهؤلاء الفقهاء إنه لا يوجد تنازل عن العقد إلا فى صورته التامة أو الكاملة. فإذا ما رفض المتنازل لديه أن ينضم إلى التنازل فإن هذا التنازل يصبح لا قيمة له[٢٩].

---

(28) Larroumet, op cit, nos. 110. III et 125 p. 290 et s.

(29) Larroumet, op. cit. p. 295.

بل إننا نجد فى مصر من الفقهاء من يذهب إلى رأى قريب من ذلك، حيث يقرر هؤلاء الفقهاء أنه فى حالة عدم وجود شرط مانع فى العقد المتنازل عنه، فإن هذا يعنى قبول المتنازل لديه سلفا لهذا التنازل. ويترتب على ذلك نتيجة فى غاية الأهمية أنه بمجرد التنازل فإن حقوق المتنازل تنتقل إلى المتنازل من وقت إخطار المتنازل لديه،[٣٠] كما أن المتنازل له يصبح مدينا بالتزامات المتنازل فى مواجهة المتنازل لديه، وتبرأ ذمة المتنازل من وقت التنازل ودون حاجة إلى إقرار المتنازل لديه، لأن هذا الإقرار قد صدر منه مقدما منذ صدور العقد المتنازل عنه[٣١].

ولذلك يرى هؤلاء الفقهاء أن التنازل يتضمن حوالة حق وحوالة دين، فالمتنازل بالتنازل قد حول حقوقه قبل المتنازل لديه إلى المتنازل له عن العقد، فلم يصبح له حق قبل المتنازل لديه من وقت إخطاره. ولما كانت حقوق المتنازل قبل المتنازل لديه هى التزامات المتنازل لديه نحوه، فان المتنازل لديه لم يعد منذ التنازل مدينا للمتنازل. كذلك المتنازل بالتنازل قد حول التزاماته نحوالمتنازل لديه إلى المتنازل له عن العقد، لم يصبح فى ذمته التزام نحو المتنازل لديه.

ويرى من ذلك أن المتنازل لم يعد، بعد أن تنازل عن العقد، دائنا ولا مدينا له، فاختفت بذلك وساطته بين المتنازل لديه والمتنازل له عن العقد وأصبحت العلاقة بين هذين الأخيرين علاقة مباشرة. ولا تقوم أية علاقة بين المتنازل والمتنازل لديه تستند إلى العقد المتنازل عنه[٣٢].

---

(٣٠) السنهورى، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٥٣ ص ٦٦٣ ومع ذلك قارن فقرة ٤٧٥ ص ٧١١، وهامش ٢.

(٣١) أنظر السنهورى، المرجع السابق، جزء ٦ ، المجلد الأول، فقرة ٤٧٦، ص ٧١٥.

(٣٢) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٤٧٤، ص ٧١٠، ٧١١.

أيا كان الأمر فى خصوص وقت قيام العلاقة المباشرة بين المتنازل له والمتنازل لديه، ووقت براءة ذمة المتنازل من التزاماته، فان المستقر عليه فى مصر أن التنازل عن العقد فى صورته التامة أو الكاملة يتحقق من وقت نفاذ حوالة الحق وحوالة الدين فى حق المتنازل لديه(٣٣).

المطلب الثانى
التنازل الناقص أو التنازل الجمعى أو الضمى
La Cession imparfairte ou la cession Cumulative

وهذا النوع من التنازل يشمل صورتين: الصورة الأولى، وهى تتعلق بعدم نفاذ التنازل فى حق المتنازل لديه، أو رفضه له. والصورة الثانية تتعلق بحالة ما اذا قبل المتنازل لديه التنازل ولكن اشترط صراحة بقاء المتنازل ملتزما فى مواجهته بالوفاء بجميع حقوقه وتنفيذ جميع التزاماته والشروط الواردة فى العقد المتنازل عنه. ولتداخل الصورتين فى الفقه والقضاء الفرنسى فاننا سنعرض أساسا لهذا الشرط الأخير ومن خلاله نتعرف على موقف الفقه والقضاء فى فرنسا من هذه المشكلة بصفة عامة.

ولدراسة هذا الشرط يجب أن نبحث نطاقه سواء من حيث الاشخاص أو من حيث الموضوع.

أولا: نطاق هذا الشرط من حيث الاشخاص:

فهذا الشرط لايقع فقط على عاتق المتنازل، وإنما يمتد إلى كل المتنازل

---

(٣٣) السنهورى، المرجع السابق، جزء٦، المجلد الأول، فقرة ٤٥٣ ص ٦٦٣، وفقرة ٤٧٦ ص ٧١٥ سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٢٤٠ ص ٥٣٧، وفقرة ٢٥٨ ص ٥٩٤، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٢٦ ص ٥٧٩ وما بعدها، فقرة ٢٢٦ ص ٥٨٠، عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٢٦٠ ص ٤٠٨ هامش ١، وفقرة ٢٧٤ ص ٤٢٩.

لهم المتعاقبين، أى الواقعين بين المتنازل له الأخير والمتنازل. وهذا يعنى أن المتنازل له عندما يقوم هو نفسه بالتنازل عن العقد، ثم بعد ذلك يقوم المتنازل له التالى بالتنازل مرة أخرى عن العقد، وهكذا دواليك؛، فإن هذا الشرط يبقى ساريا على كل هذه التنازلات، ومن ثم يبقى المتنازل دائماً، مسئولاً مع المتنازل له فى مواجهة المتنازل لديه(٣٤).

وقد كان القضاء الفرنسى فيما مضى يذهب إلى العكس، لأنه كان يرى أن «المتنازل لهم المتعاقبين، بتنازلهم عن حقهم قد أعفوا من التزامهم»(٣٥) وهذا يعنى أن القضاء كان يسمح بالحلول فى الحقوق والالتزامات الذى يؤدى إلى براءة ذمة المتنازل من التزاماته، وهذا لايصدق بالنسبة إلى المتنازل لهم المتعاقبين فحسب وإنما يصدق أيضا بالنسبة إلى المتنازل الأول. ولكن هذا الاتجاه يؤدى إلى أن يفرض على الدائن تغيير مدينه، وهذا أمر غير مناسب ومستحيل فى نفس الوقت. ولهذا السبب رفضت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه وتبنت موقف آخر لا يستقيم أيضا وحقائق الاشياء. فابتداء من ١٩٢٠ كان هناك تحول قضائى حيث أصبح من المقرر أن المتنازل والمتنازل لهم المتعاقبين لا تبرأ ذمتهم من التزاماتهم بمجرد التنازل، ما لم يفصح عن ذلك صراحة المتنازل لديه. ويتضح من ذلك أن القضاء الفرنسى تخلى عن مبدأ الترابط بين الجانب الايجابى والجانب السلبى فى العقود الملزمة للجانبين كما سبق بيانه.

---

(34) Civ. 20 Juill. 1920, s. 1921. I: 79; 7 Janv. 1947, J. C. P. 1947. II. 3510, note Becqué, rev. tr. dr. civ. 1947. 101, note Carbonnier, Soc. 9 nov. 1956, Gaz Pal. 1957. I. 120; rev. tr. dr. civ: 1957, 356 note Carbonnier.

(35) Civ. 18 Juin 1876, S. 1876. I. 475.

ثانيا: نطاق هذا الشرط من حيث الموضوع:

ومفاد هذا الشرط من حيث الموضوع أن المتنازل مسئول، محل المتنازل له، عن تنفيذ كل الالتزامات والشروط الواردة فى العقد المتنازل عنه فى مواجهة المتنازل لديه. وعلى ذلك فيستطيع المتنازل لديه أن يرجع على المتنازل ليطالبه بتنفيذ العقد. فمثلا فى حالة التنازل عن الايجار يستطيع المتنازل لديه أن يرجع على المتنازل ليطالبه بالأجرة. فإذا دفعها فإنه يكون له حق الرجوع على المتنازل له. وفى هذه الحالة لا يستطيع المتنازل أن يستفيد من حق امتياز المؤجر، وذلك لأن التنازل ليس عقد ايجار، كما أن المتنازل ليس له صفة المؤجر. ويستطيع المتنازل أن يتغلب على هذه العقبة بأن يُضَمن عقد التنازل شرط فاسخ كجزاء لحالة عدم قيام المتنازل له يدفع الالتزامات المستحقة عليه والتى قام المتنازل بدفعها محله. هذا فيما يتعلق بالالتزامات التعاقدية.

لكن محكمة النقض الفرنسية ذهبت إلى أبعد من ذلك، وجعلت المتنازل مسئولا عن الحريق الذى تسبب فيه المتنازل له، وذلك فى الحالات التى يعتبر فيها هذا الأخير مسئولا عن هذا الحريق. وقد أشارت محكمة النقض الفرنسية، كعادتها، إلى نصوص المواد ١٧٣٣ ، ١٧٣٥ مدنى فرنسى[٣٦]. ويبدو لنا أن هذا الحل فيه تجاوز إلى حد كبير، لأن لم يدر بخلد المتنازل قط أنه يمكن أن يعتبر مسئولا حتى عن الحريق الذى تسبب فيه المتنازل له، وحتى اذا ما أشير عليه بأن يؤمن ضد مثل هذه المخاطر، لاعتبر ذلك أمر مجاف للعقل والمنطق.

وهكذا نجد أن التزاما مرهقا يقع على عاتق المتنازل دون أدنى توقع له،

(36) Civ. 19 mai, 1971, Bull. civ. IV no 324.

ودن أدنى حماية أو تأمين. ونحن نعتقد أنه لو علم بخبر هذا الحكم فى الحياة العملية، فإنه لايمكن أن تتصور أن شخص يقبل أن يقدم على التنازل عن عقد أمام هذه المخاطر التى يمكن أن تقع على كاهله...

أما بالنسبة لالتزام المتنازل له برد العين المؤجرة فى نهاية الايجار، فإن هناك تخبطا فى قضاء محكمة النقض الفرنسية فى خصوص تحميل المتنازل عبء التعويض المستحق على المتنازل له فى حالة استمراره فى شغل العين المؤجرة بدون وجه حق. فقد قضت محكمة النقض الفرنسية «بأن المتنازل ضامن لدفع الأجرة كما أنه ضامن لتنفيذ المتنازل له لعقد الإيجار ولالتزامه برد العين المؤجرة عند نهاية العقد» ولذلك اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أنه «يعتبر سائغا قانونا ما استخلصه قاضى الموضوع من أن المتنازلين يعتبرون ملتزمين بالتضامن حتى طرد المتنازل له أو دفع التعويض عن شغل العين بدون وجه حق. وهذا الالتزام مصدره عقد التنازل ذاته»[٣٧].

ثم بعد ذلك نجد أن محكمة النقض الفرنسية قد قضت بحكم مخالف تماما للحكم السابق، حيث إنها قضت بعدم مسئولية المتنازل عن التعويض الناشئ عن شغل المتنازل له للعين المؤجرة بدون وجه حق، وذلك على أساس أنه لايجوز تجاوز حدود الكفالة، وذلك استنادا إلى نص المادة ٢٠١٥ مدنى فرنسى[٣٨].

ويمكن تلخيص حيثيات محكمة النقض الفرنسية على التالى:

١- حيث إن المتنازل ضامن للمتنازل له باعتباره كفيلا، وذلك بالنسبة

(37) Civ3. 17 Juill. 1968, Gaz. Pal. 1968, II: 322, Rev. tr. dr. Civ. 1969, 139 note Cornu.

(38) Civ 3. 14 nov. 1973, Gaz. Pal. 1974, I, 275; Bull. civ. III. no 579; Rev. tr. dr. civ. 1974. 633. note Cornu.

للالتزامات الناشئة عن عقد الإيجار ٢- وحيث إن التعويض المستحق عن شغل العين المؤجرة بغير وجه حق ليس له الصفة التعاقدية، وإنما هو مستحق نتيجة لخطأ شبه عقدى قد أرتكبه المتنازل له، وذلك باحتفاظه بدون وجه حق بالعين المؤجرة ٣- بناء على ما تقدم، فإن الكفيل لايمكن أن يضمن هذا الالتزام غير التعاقدى.

والتساؤل الآن هو: هل حقا أن التزام المتنازل له بدفع تعويض عن شغله للعين المؤجرة بغير وجه حق يعتبر التزاماً غير عقدى؟ وكما لاحظ بحق M. Cornu أنه إذاكان صحيحا أن التعويض عن شغل العين المؤجرة بغير وجه حق لايعادل الايجار، وإنما يقابل الضرر الذى حاق بالمؤجر، فإنه مع ذلك ليس بالضرورة أنه عندما يقال تعويض يعتبر تعويضا عن فعل غير مشروع، حيث أنه يوجد أيضا تعويض عقدى. ففى واقع الأمر أن التعويض المستحق عن شغل العين المؤجرة بغير وجه حق يعتبر تعويضا عن اخلال بالتزام عقدى، وهو الالتزام بالرد، فهو جزاء لعدم التنفيذ.

وعلى إثر هذا الحكم قد تساءل M Cornu عما إذا كان الالتزام الذى يقع على المتنازل بدفع ما هو مستحق على المتنازل له قد بدأ فى الزوال، وهذا مما ينبئ بتطور معين فى هذا الصدد: بمعنى أنه فى التنازل عن الايجار اذا ما تم بموافقة المتنازل لديه، فإنه يترتب على ذلك أن تبرأ ذمة المتنازل من التزاماته، أي يكون هناك تنازل تام، حلول للمتنازل له محل المتنازل فى الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد المتنازل عنه، وبراءة ذمة المتنازل من التزاماته[٣٩].

ومنذ عام ١٩٥٧ و M. Carbonnier يتمنى ألا يتوقف براءة ذمة المتنازل من التزاماته إلا على قدر أدنى من رضاء المتنازل لديه بالتنازل

(39) Rev. tr. dr. civ. 1974. 633.

d'un minimum d'assentiment de cedé[٤٠] وهذا الحل المقترح مأخوذ من نصوص التقنين المدنى الإيطالى حيث إن المادة ١/١٤٠٧ منه تنص على أنه «اذا رضى، مقدما، أحد الاطراف بأن يقوم الطرف الآخر بإحلال غير محله فى الرابطة العقدية الناشئة عن العقد، فإن هذا الحلول ينتج آثاره فى مواجهته منذ الوقت الذى يتم فيه إعلانه بالحلول أو قبوله له» وتنص المادة ١/١٤٠٨ على أنه «تبرأ ذمة المتنازل من التزاماته فى مواجهة المتنازل لديه من الوقت الذى يصبح فيه الحلول نافذا فى حق هذا الأخير. ومع ذلك فإن المتنازل لديه الذى يشترط عدم براءة ذمة المتنازل فى مواجهته، أن يرجع على المتنازل اذا لم يقم المتنازل له بتنفيذ التزاماته التعاقدية».

وعلى ذلك فإنه فى نطاق التنازل عن العقد يجب أن نرجع دائما وأبدا إلى إرادة المتعاقدين، حيث أنها هى الحكم الفصل فى هذا الصدد فإذا كنا نكتفى بمجرد رضاء المتنازل لديه لبراءة ذمة المتنازل من التزاماته، فإنه يجب، على الأقل أن تكون إرادته واضحة فى ذلك. كما أن المتنازل لديه يستطيع أن يسمح بالتنازل ولكنه يتمسك، مع ذلك، ببقاء المتنازل ملتزما بالتزاماته. أى بعدم براءة ذمته فى مواجهته، وهذا هو موقف التقنين المدنى الايطالى.

أما فى فرنسا، ولظروف تاريخية معينة، نجد أن هناك قرينة على أن سماح المتنازل لديه بالتنازل لايكفى لتحرير المتنازل من التزاماته، بل على العكس يبقى المتنازل دائما مسئولا عن تنفيذ العقد المتنازل عنه فى مواجهة المتنازل لديه مالم يصدر عن هذا الأخير ما يفيد صراحة براءة ذمته من التزاماته.

– اذا كان هذا هو الوضع فى القانون المقارن، فما هو موقف القانون المصرى؟

---

(40) Rev. tr. dr. civ. 1957, 356.

إن الفقه المصرى، وإن كان يتمسك بصدد التنازل عن العقد بأهداف حوالة الحق وحوالة الدين، إلا أنه عندما يعرض للأحكام التفصيلية للتنازل يكشف بوضوح عن الطبيعة الحقيقية للتنازل عن العقد كما سبق أن وضحناها. والحديث عن التنازل عن العقد يتركز أساسا حول التنازل عن الايجار. وان كان هناك اختلاف فإنه ينحصر فى وقت نفاذ حوالة الحق وحوالة الدين، وخاصة اذا لم يتضمن العقد الاصلى شرط يمنع التنازل عنه.

فبينما يرى بعض الفقهاء أن «التنازل وحده كافيا لحلول المتنازل له محل المستأجر (المتنازل) فى جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الايجار، فتنتقل الحقوق من ذمة المستأجر، وتبرأ ذمته من الالتزامات، ولكن يبقى ضامنا للمتنازل له فى تنفيذ الالتزامات. فإذا ما قبل المؤجر التنازل بعد حصوله، برئت ذمة المستأجر «المتنازل من هذا الضمان»[41].

ولتأكيد ما ذهب اليه هؤلاء الفقهاء يقولون «أن القانون جعل المستأجر (المتنازل) ضامنا للمتنازل له قبل قبول المؤجر (المتنازل لديه) للتنازل، ويسقط الضمان عن المستأجر (المتنازل) بهذا القبول. والمستأجر (المتنازل) لايكون ضامنا للمتنازل له الا إذا كان هذا الأخير هو المدين الاصلى للمؤجر «المتنازل لديه» ومعنى ذلك أن المتنازل له يصبح مدينا أصليا للمؤجر (المتنازل لديه) قبل قبول هذا الأخير للتنازل. واذن يكون التنازل قد سرى فى حق المؤجر وجعله دائنا للمتنازل له قبل قبوله للتنازل، فلا يكون اذن قبول المؤجر شرطا لسريان التنازل فى حقه لأن التنازل يسرى قبل هذا القبول»[42].

---

(٤١) السنهورى، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٧٦ ص ٧١٥.

(٤٢) السنهورى، نفس المرجع، نفس الموضع، ص ٧١٦.

ويؤكد هؤلاء الفقهاء «إن المستأجر (المتنازل) تبرأ ذمته من التزاماته نحو المؤجر (المتنازل لديه) بمجرد تنازله عن الايجار. ولما كان المؤجر (المتنازل لديه) لم يقبل التنازل إلا قبولا ضمنيا وقبل حصوله اذ هو قد اقتصر على عدم منع المستأجر من التنازل، فقد أراد المشرع الا تخلى ذمة المستأجر اخلاء تاما فى هذه المرحلة، فأبقاه كما قدمنا ضامنا للمتنازل له فى تنفيذ الالتزامات التى انتقلت منه إلى هذا الأخير. وقد نصت المادة ٥٩٥ من التقنين المدنى على هذا الحكم اذ تقول: «فى حالة التنازل عن الايجار يبقى المستأجر ضامنا للمتنازل له فى تنفيذ التزاماته»[٤٣].

وقد خرج المشرع بهذا الحكم عن الأحكام العامة فى حوالة الدين، والتى تقضى بأن يضمن المحيل فى حوالة الدين أن يكون المحال عليه موسرا وقت اقرر الدائن للحولة (م ٣١٩ مدنى)، وذلك فإن شدد هذا الالتزام بالضمان، فلم يكتف بأن يضمن المستأجر يسار المتنازل له وقت التنازل، بل جعله يضمن يسار المتنازل له وقت مطالبة المؤجر (المتنازل لديه) اياه بتنفيذ التزاماته، فيكون فى هذه الحالة بالنسبة للمتنازل له فى موقف يشبه موقف الكفيل. فإذا طالب المؤجر المتنازل له بتنفيذ التزام من الالتزامات التى انتقلت إلى ذمته، ووجده معسرا، رجع بالضمان على المستأجر. وهو برجوعه عليه بالضمان لايرجع بنفس الالتزام الذى كان فى ذمته بموجب عقد الايجار، فإن هذا الالتزام قد انتقل نهائيا بالتنازل إلى ذمة المتنازل له. وإنما يرجع بالتزام جديد لم ينسأ من عقد الايجار بل من عقد التنازل، وهو عقد يرتب فى ذمة المستأجر التزاما بضمان يسار المتنازل له وقت المطالبة. ولا يرجع المؤجر على المستأجر بالضمان إلا بعد أن يرجع أولا على المتنازل له

---

(٤٣) السنهورى، نفس المرجع. فقرة ٤٧٧ ص ٧١٦.
Larroumet, op. cit, nos 110, 111, et 125 p 290 ets.

فيجـده معسـراً. فإن رجع مباشرة على المستأجر، كان لهذا أن يطلب منه البـدء بتـجريـد المتنـازل لـه. ولا يكلـف بـأن يـدل المؤجـر على مـال للمتنـازل لـه يستوفـى منـه المؤجر حقـه كمـا يكلـف الكفيـل بذلك، فـإن المستـأجـر لايكـون مسئولا بموجب الضمـان إلا إذا أثبت المؤجـر أنـه رجـع علـى المتنـازل أولا فوجـده معسـرا. وإذا رجع المؤجر على المستأجر بالضمـان، فإن لهـذا الأخير أن يرجع على المتنازل له بما وفاه»(٤٤).

«والضمـان يبقى فى ذمة المستأجر على النحو المتقدم الذكر، مادام مقتصرا على قبول التنازل قبولا ضمنيا سابقا على حصوله التنازل عن طريق أنه لم يمنع المستأجر فى عقد الايجار من التنازل كما سبق القول. فإن خطأ المؤجر خطوة أخرى، وقبل التنازل بعد حصوله قبولا صريحا أو ضمنيا، فإن هذا القبـول اللاحق للتنازل يبرئ ذمة المستـأجـر (المتنازل) من الضمـان. فيكون المؤجر فى هذه الحالة قد قبل التنازل مرتين، المرة الأولى كان قبوله سابقا على التنازل، وهو قبول ضمنى مستخلص من أنه لم يمنع المستأجر فى عقد الايجار من التنازل، وهذا القبـول يكفى لابراء ذمة المستـأجـر من التزاماته اذ تنتقل هذه الالتزامات إلى ذمة المتنازل له، ولكنه لايكفى لابراء ذمة المستأجر من ضمان المتنازل له فى تنفيذ هذه الالتزامات. والمرة الثانية كـان قبـول المؤجـر لاحقا للتنازل، وهو قبـول صريح أو ضـمنى، وبمجرد صدوره تبرأ ذمة المستأجر حتى من الضمان. وهذا ما تقضى به المادة ٥٩٧ من التقنين المدنى، اذ تنص على ما يأتى: «تبرأ ذمة المستأجر الأصلى قبل المؤجر، سواء فيما يتعلق بضمانه للمتنازل له فى حالة التنازل عن الايجار وفيما يتعلق بما يفرضه عقد الإيجار الأصلى من التزامات فى حالة الايجار

---

(٤٤) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٤٧٧ ص ٧١٧.

من الباطن: (أولا) إذا صدر من المؤجر قبول صريح بالتنازل عن الإيجار، أو الإيجار من الباطن (ثانيا) إذا استوفى المؤجر الأجرة مباشرة من المتنازل له أو من المستأجر من الباطن دون أن يبدى أى تحفظ فى شأن حقوقه قبل المستأجر الاصلى»[٤٥].

وأهم ما يلاحظ على هذا الرأى، أنه جعل التنازل يرتب كافة آثاره بمجرد انعقاده، ودون انتظار إقرار، أو قبول من جانب المتنازل لديه، لا لشئ إلا أن هذا الأخير لم يشترط عدم التنازل فى العقد الاصلى. وهذا الرأى يتفق مع طبيعة التنازل عن العقد، كما أنه يتفق مع الطابع السريع فى المعاملات فى الوقت الحاضر[٤٦] ومع ذلك فإنه يتناقض مع نقطة البداية التى انطلق منها، هو تصوير التنازل على أنه مجرد حوالة حق وحوالة دين، وبالتالى اصطدم مع ما هو ثابت فقها وقضاء بأن «قبول المدين للحوالة حتى تنفذ قبله هو القبول الذى يصدر منه وقت الحوالة أو بعدها. ولا يعد قبولا المدين فى سند الدين أنه يقبل مقدما حوالة الحق للغير وذلك حتى يتحقق الغرض الذى يستهدفه المشرع من وجوب اتخاذ هذين الاجراءين بما يرفع الشك لدى المدين بالنسبة للشخص الذى يجب أن يوفى له الدين عند حلول ميعاد الاستحقاق»[٤٧].

كما أن هذا الرأى يذهب إلى أن المشرع أراد، بعد أن استغنى عن إقرار المؤجر للتنازل بعد حصوله مكتفيا بالإقرار الضمنى الصادر قبل التنازل، ألا

---

(٤٥) السنهورى، نفس المرجع، نفس الموضع، ص ٧١٨.

(٤٦) أنظر نفس هذا الرأى تقريبا

Larroumet op. cit mos 110 111 et 125 p 290 ets.

(٤٧) نقض مدنى فى ١٩٥٩/١١/١٩، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٠ ص ٦٨٤ نقض مدنى فى ١٩٧٨/١/٢، مجموعة النقض، س ٢١ ص ٦١، نقض مدنى فى ٧٨/٦/٢١ مجموعة النقض، س ٢٩ ص ١٥١٠.

يحرم **المؤجر من تأمين تكميلى**، فجعل المستأجر ضامنا للمتنازل له فى تنفيذ التزاماته، وأبقى هذا الضمان مقترنا بالإقرار الضمنى الصادر قبل التنازل، حتى اذا صدر من المؤجر اقرار لاحق للتنازل فإن ذمة المستأجر تبرأ من هذا الضمان»[٤٨]. وهذا الضمان «قد رسم القانون وحده حدوده»[٤٩]. ثم يعود ويقرر التزام المستأجر بالضمان يعتبر التزاما جديداً، لم ينشأ من عقد الايجار، بل من عقد التنازل»[٥٠] والسؤال الآن هو: هل هذا الالتزام بالضمان الذى يقع على عاتق المتنازل يرجع إلى طبيعة التنازل ذاته، وبالتالى يمكن أن نصادفه فى أى تنازل عن العقد، أم أنه التزام بالضمان مصدره القانون، فى صدد التنازل عن الايجار فقط؟ وعلى ضوء ما نقلناه لايمكن أن نصل فى هذا الصدد إلى اجابة محددة، مما يكشف عن الغموض الذى يحيط هذه المسألة فى الفقه المصرى.

وأهم ما يلاحظ على هذا الرأى أيضا أنه قد حسم مسألة طبيعة مركز المتنازل، فى حالة التزامه بضمان التنفيذ، وبطريقة أيضا تتسم بالغموض. فهو يقول بأن المتنازل فى هذه الحالة بالنسبة للمتنازل له **فى موقف يشبه موقف الكفيل**. وطبق بعض قواعد الكفالة كقاعدة وجوب الرجوع أولا على المدين قبل الرجوع على الكفيل، ثم الدفع بالتجريد، لكنه لم يطبق قاعدة وجوب أن يدل الكفيل الدائن على أموال للمدين كافية للوفاء بالالتزام. والسؤال الآن هل يعتبر المستأجر (المتنازل) فى هذه الحالة كفيلا أم مدينا أصليا؟ فيجيب هؤلاء الفقهاء «إنه يضمن تنفيذ التزامات المتنازل له كما يضمن البائع والمؤجر التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية. ففى هذه الحالة لا نقول

(٤٨) السنهورى، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٧٦ ص ٧١٥.
(٤٩) السنهورى، نفس المرجع، فقرة ٤٧٧، ص ٧١٨.
(٥٠) السنهورى، نفس المرجع، نفس الموضع.

أن البائع أو المؤجر كفيل للمشترى أو للمستأجر، بل نقول أنه ضامن garant لفعل معين. وهناك فرق بين الضمان garantie والكفالة Cautionnement[٥١]. وواضح هنا الخلط بين المدين الأصلى والمدين الاحتياطى débiteur subsidiaire فالبائع أو المؤجر يعتبر مدينا أصليا بالالتزام بضمان الاستحقاق أو العيوب الخفية، بينما المستأجر (المتنازل) فى التنازل يعتبر مدينا احتياطيا débiteur subsidiaire ولذلك يعتبر القياس ممتنعا فى مثل هذه الحالة[٥٢]. والدليل الواضح على صحة هذه النتيجة أن هؤلاء الفقهاء أنفسهم يطبقون جل قواعد الكفالة، على المستأجر (المتنازل) فى هذه الحالة. كما نجدهم يؤكدون ذلك عندما يقررون «أن المستأجر فى التزامه بالضمان لا يعتبر مدينا أصليا ينضم إلى المتنازل له فيصبح للمؤجر مدينان فى نفس الدين....»[٥٣] وهذا التناقض يكشف عن الغموض الذى يحيط بالتنازل عن العقد فى الفقه المصرى.

ولذلك يذهب غالبية الفقهاء فى مصر إلى أنه «إذا نزل المستأجر عن الإيجار إلى آخر، اعتبر محيلا حقه قبل المؤجر إلى المتنازل له ونفذت هذه الحوالة قبل المؤجر بقبوله اياها أو بإعلانه بها وفقا للمادة ٣٠٥ مدنى. ولكن لا يعتبر هذا النزول حوالة بالدين نافذة فى حق المؤجر إلا إذا قبل الأخير هذه الحوالة»[٥٤].

«وبناء على ذلك يترتب على النزول عن الايجار أن تنتقل حقوق المستأجر الأصلى قبل المؤجر إلى المتنازل له بمجرد إعلان النزول إلى المؤجر. وبالرغم من عدم قبول الأخير إياه، فلا يجوز للمستأجر بعد النزول عن

---

(٥١) السنهورى، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٧٧ ص ٧١٨ هامش ٤٠.

(٥٢) قارن سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٢٥٨ ص ٥٩٣.

(٥٣) السنهورى، نفس المرجع، فقرة ٤٧٧ ص ٧١٨.

(٥٤) سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٢٥٨ ص ٥٩١.

الإيجـــار وإعــلانه إلــى المؤجــر أن يطالــب الأخـيـر بـتـسليـمـه العـين المؤجـرة ولا بضـمــان التـعـرض أو العـيـوب الـخ، ولكن المسـتـأجر يـبـقى ملتزمـا نحـو المؤجـر بالالتزامـات التى يفـرضـهـا عليـه عقـد الايجار مـادام المؤجر لم يقبل حوالة الدين، فيجوز للمؤجر أن يطالبه بتنفيذ التزاماته الناشئة من الايجار وبخاصـة أن يطالبـه بالأجـرة وباجـراء التـرميـمـات التـأجـيـرية وباستعمال الشئ فيما أعد له وبالمحافظة عليه ورده عند انتهاء الإيجار مادام هو لم يقبل حوالة دين المستأجر الأصلى إلى المتنازل له، ويكون المسـتـأجر الاصلى مسئولا فى ذلك كله عن فعل المتنازل له أى أن فعل الأخير لايعتبر بالنسبة إليه سببا أجنبيا».

«وهذا ما قصده المشرع بالنص فى المادة ٥٩٥ مدنى على أنه «فى حالة التنازل عن الايجار يبقى المستأجر ضامنا للمتنازل له فى تنفيذ التزاماته»(٥٥).

ويستند هؤلاء الفقـهـاء إلى عبـارة النص ليـقـرروا أن المادة ٥٩٥ مدنى تنص على أنه يبقى المستأجر ضامنا للمتنازل له فى تنفيذ التزاماته «الأمر الذى يشعر بأنه لايجعل الحوالة منشئة التزاما جديدا فى ذمة المستأجر المحيل إزاء المؤجر، وإنما يقتصر على أن يبقى التزامه الأصلى إزاء المؤجر إلى جانب التزام المتنازل اليه نحوه أيضا»(٥٦).

ويبدو لنا سبب الخلاف فى الفقه المصرى يرجع إلى التمسك بأهداب حوالة الحق وحوالة الدين، عند الكلام عن التنازل عن العقد مما يؤدى إلى التناقض، حيث أن بعضهم يسلم، ضمنا، بالطبيعة الخاصة بالتنازل عند التعرض تفصيلا لأحكام التنازل عن العقد، بينما غالبية الفقه تتمسك

---

(٥٦) سليمان مرقس، المرجع السابق، ٢٥٨ ص ٥٩٢، ولذلك يرفض هؤلاء الفقهاء اعتبار المستأجر كفيلا للمتنازل له، أنظر عكس ذلك عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٢٧٤ ص ٤٢٩.

بحرفية الأحكام العامة فى حوالة الحق وحوالة الدين عند تطبيقها على التنازل عن العقد.

ونحن نرى أنه إذا لم يتضمن العقد أى شرط يمنع التنازل عنه فإنه فى هذه الحالة يجوز للطرف المسموح له بذلك أن يتنازل عن العقد، وينتج هذا الحلول أثاره فى مواجهته المتنازل لديه من الوقت الذى يتم فيه إعلانه أو قبوله إياه، ومعنى ذلك أن الأصل هو حلول المتنازل له محل التنازل فى الرابطة العقدية، بحيث تنشأ بين المتنازل له والمتنازل لديه علاقة مباشرة، كما أنه يترتب على ذلك الحلول خروج المتنازل من هذه الرابطة وبراءة ذمته، كل ذلك من الوقت الذى يصبح فيه هذا التنازل نافذا. لكن ليس هناك ما يمنع أن يتمسك المتنازل لديه ببقاء المتنازل مسئولا فى مواجهته، وبالتالى عدم براءة ذمته تماما، بشرط أن يعلن ذلك صراحة. وعلى ذلك فإن إرادة المتعاقدين تكون هى المرجع لتحديد العلاقة بين المتنازل والمتنازل لديه.

ونخلص من كل ما تقدم أن الوضع الطبيعى فى التنازل هو أن مجرد قبول المتنازل لديه للتنازل أو إعلانه به يؤدى إلى خروج المتنازل من العلاقة التعاقدية القائمة ليحل محله فيها المتنازل له، وتبعا لذلك تبرأ ذمة المتنازل من التزاماته، هذا ما لم يشترط المتنازل لديه صراحة ببقاء المتنازل ضامنا لتنفيذ المتنازل له لإلتزاماته. فهدف التنازل عن العقد ليس هو منح مزايا للمتنازل لديه، بأن يكون له مدينان بدلا من مدين واحد، وإنما هو التنازل عن المركز العقدى أو الصفة العقدية، بما يتضمنه أو ما يترتب عليها من حقوق والتزامات للمتنازل له وحلول هذا الأخير فيها محل المتنازل الذى يخرج نهائيا من هذه العلاقة.

وعلى ذلك ففى حالة بطلان أو فسخ اتفاق التنازل فإن مقتضى ذلك

إعادة الحال إلى ما كان عليه، فتعود العلاقة مرة أخرى بين المتنازل والمتنازل لديه بمقتضى العقد المتنازل عنه.

وفى حالة اشتراط المتنازل لديه عدم براءة ذمة المتنازل فإنه فى هذه الحالة، يبقى المتنازل مسئولا أمام المتنازل لديه عن تنفيذ المتنازل له للالتزامات الناشئة عن العقد المتنازل عنه. ومركز المتنازل فى هذه الحالة يكون فى مركز المدين الاحتياطى. ولا يشترط أن يكون هذا المدين الاحتياطى كفيلا. حيث أن الكفيل لايجب مركز المدين الاحتياطى. وفى هذه الحالة يمكن أن نطبق على مركز المدين الاحتياطى بعض القواعد الخاصة بالكفيل والتى تتفق مع طبيعة مركز المتنازل فى عملية التنازل وهذا يعتبر الوضع الاستثنائى فى التنازل. وهذا يبدو لنا أنه التفسير المعقول فى مثل هذا الوضع.

ولذلك نرى بالنسبة للتنازل عن الإيجار، أن هذا التنازل يعتبر نافذا فى حق المؤجر اذا قبله أو أعلن به، ولكن يجب أن نفرق بين حالة القبول وحالة الإعلان. ففى حالة قبول المؤجر (المتنازل لديه) للتنازل فإنه فى هذه الحالة يصبح التنازل نافذا فى حقه، وتنشأ – من ثم – علاقة مباشرة بينه وبين المتنازل له، ويخرج المتنازل من هذه العلاقة القائمة، وتبرأ ذمته من جميع التزاماته. أما إذا كان التنازل قد أعلن إلى المؤجر (المتنازل لديه) فإن هذا التنازل يعتبر ساريا فى حقه، لكنه مع ذلك لم يتخذ أى موقف يعبر عن قبوله للمتنازل له كطرفا معه فى العقد القائم وباعتباره دائنا ومدينا، ولذلك فإنه فى هذه الحالة يبقى المتنازل ضامنا للمتنازل له فى تنفيذ التزاماته، إلى أن يتضح موقف المتنازل لديه من المتنازل له (م ٥٩٥ مدنى) فإذا ما صدر منه ما يفيد قبوله الصريح أو الضمنى للمتنازل له باعتباره طرفا، دائنا ومدينا، معه فى العلاقة العقدية القائمة. فإنه فى هذه الحالة تبرأ ذمة المتنازل

(المستأجر) من الضمان أيضا، ويخرج كلية من العلاقة القائمة، والتى تستمر بين المتنازل لديه والمتنازل له فقط، ومركز المتنازل (المستأجر) فى التزامه بضمان تنفيذ المتنازل له لالتزاماته الناشئة عن العقد المتنازل عنه، هو مركز المدين الاحتياطى، والذى يمكن أن نطبق عليه قواعد الكفالة فى الحدود التى تتناسب مع طبيعة مركز المتنازل فى التنازل.

الخاتمة

بعد الدراسة التحليلية المقارنة للتنازل نستطيع أن نقول إن التنازل عن العقد ليس مجرد حوالة للحق وللدين فى وقت واحد ومنظور إلى كل منهما على حده، وإنما هو عبارة عن التنازل عن المركز العقدى فى رابطة عقدية موجودة من قبل، وبما يتضمنه هذا المركز من حقوق والتزامات وصفات وأوصاف. وبذلك يفترق التنازل عن عقد الإيجار عن حوالة الحق فى الأجرة.

وقد وجدنا أن هذا التحليل يستند إلى مبررات شخصية وموضوعية. فمن ناحية نجد أن قصد المتعاقد أن فى اتفاق التنازل لا يرمى إلى الفصل بين الجانب الايجابى والجانب السلبى فى العقد الملزم للجانبين، وإنما على العكس يهدف إلى التنازل عنهما معا وباعتبارهما وحدة واحدة. ومن ناحية ثانية فإن محل التنازل ليس مجرد الجمع الحسابى بين الحقوق والديون وإنما هو شئ أكثر من ذلك، فهو حلول المتنازل له محل المتنازل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات فى رابطة قانونية قائمة ومستمرة. ولذلك فإنه يترتب على التنازل انتقال الحقوق والالتزامات بجميع مقوماتها وخصائصها وصفاتها وأوصافها وضماناتها ودفوعها وتوابعها، كالحقوق الترخيصية وغيرها من الدعاوى على النحو السابق بيانه.

ولعل أهم ما يمكن أن نخرج به من هذه الدراسة أيضا هو أن موضوع التنازل وهدفه هو حلول المتنازل له محل المتنازل فى رابطة قانونية قائمة ومستمرة، طرفها الآخر هو المتنازل لديه. ولذلك قد كان لهذه الطبيعة والذاتية الخاصة للتنازل أثر واضح فى تحديد عناصره، الرضا المتطلب لقيامه، محله وسببه، كما أن هذه الطبيعة كان لها أثرها أيضا على نفاذ التنازل وآثاره. ولعل من أهم هذه المشاكل التى صادفناها هى معرفة ما اذا كان

يمكن أن يحل المتنازل له محل المتنازل فى هذه الرابطة القائمة والمستمرة دون رضاء الطرف الآخر فيها، المتنازل لديه؟ وقد كان للإجابة على هذا التساؤل أثرها الواضح والعميق على وجود التنازل ونفاذه، وذلك بحسب اعتبار هذا الرضا شرطا للوجود أو شرطا للنفاذ. وقد وجدنا أنه طبقا للمبادئ العامة فى القانون المصرى، إن رضاء المتنازل لديه يعتبر، كأصل عام، شرطا لنفاذ التنازل فى مواجهته. وقد انتهينا إلى ضرورة تحليل كل من اتفاق التنازل والعقد المتنازل عنه للوقوف على مدى هذا النفاذ.

لكن الجدير بالذكر فى هذه الخاتمة هو أننا نرى ضرورة تدخل المشرع لتنظيم التنازل عن العقد تنظيما مستقلا عن حوالة الحق وحوالة الدين. كما يجب على المشرع أن يأخذ فى الاعتبار تطور فكرة الالتزام، من حيث إن الالتزام لم يعد مجرد رابطة شخصية محضة فحسب، وإنما أصبح أيضا قيمة مالية، أصبح عنصرا من عناصر الذمة المالية. وهذا يعنى أيضا أن العقد ذاته أصبح قيمة مالية، قيمة اقتصادية قابلة أيضا للانتقال مثله مثل أى عنصر من عناصر الذمة المالية.

وبناء عليه يجب أن يكون انتقال العقود هو الأصل العام، والاستثناء هو عدم انتقالها، إما لشرط أو نص صريح أو لطبيعتها الخاصة. ولذلك فإنه يجب أن يكون المبدأ الذى يهيمن على التنظيم المستقبل للتنازل هو ان «يجوز التنازل عن العقد الملزم للجانبين ما لم يكن قائم على اعتبار شخصى أو أن يكون هناك نص أو شرط مانع صريح من التنازل. وينفذ هذا التنازل بمجرد اخطار المتنازل لديه به. وفى جميع الأحوال يجب أن يضمن المتنازل له فى تنفيذ التزاماته» وبذلك المبدأ يتحقق التوازن المطلوب فى أحكام التنازل.

تم بحمد الله

قائمة المراجع

مصادر البحث الأساسية

أولا: باللغة العربية:

(١) المراجع العامة

- أحمد سلامة

القانون الزراعى – الملكية والايجار، ١٩٧٧

- إسماعيل غانم

النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام ١٩٦٨

- برهام عطا الله، الوسيط فى قانون ايجار الأماكن، ١٩٨٢.
- توفيق حسن فرج، عقد الايجار فى القانون اللبنانى، ١٩٧٥.
- جلال على العدوى، مبادئ الالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام ١٩٨٣.
- سليمان مرقس، شرح القانون المدنى، جزء ٣، العقود المسماه، المجلد الثانى، عقد الايجار ١٩٦٨.
- عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد، جزء ٣، ١٩٥٨، جزء ١ المجلد الأول ١٩٦٣.
- عبد الفتاح عبد الباقى، عقد الايجار ١٩٥٢.
- عبد المنعم البدراوى، الايجار والتأمين ١٩٦٨.
- عبد المنعم فرج الصده، الايجار.
- محمد على إمام، عقد الايجار ١٩٥٣.
- محمد كامل مرسى، عقد الايجار ١٩٥٣.

- منصـور مصطفى منصور، مذكرات فى القانون المدنى، العقـود المسماه، البيع والمقايضة والايجار ١٩٥٦ - ١٩٥٧.
- نبيل إبراهيم سعد

التأمينات العينيلة والشخصية، منشأة المعارف ١٩٨٢ القانون الزراعى، الجزء الأول، الملكية والايجار ١٩٨٤.

(٢) المجموعات والمجلات العلمية

- الموسوعة الذهبية للقواعد الفانونية التى قررتها محكمة النقض المصرية منذ انشائها عام ١٩٣١ حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني - الاصدار المدنى - الجزء الثالث ١٩٨٢.
- مجموعة أحكام النقض- المكتب الفنى.
- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى.
- مجلة القضاة - يناير ابريل ١٩٨١.
- مجلة إدارة قضايا الحكومة ابريل يونيو ١٩٨١.
- مجلة خريجى حقوق الاسكندرية ابريل ١٩٨٥.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

(I) Ouvrages généraux

-Baudry. Lacantinerie et Wahl, Traité de droit civil t. XXII, 1907.

- Carbonnier (J), Droit civil, t. 4. les obligations, 1980.
- Colin (A) et Capitant (H), Cours élémentaire de droit civil français. vol. 2.

- Démogue (R), Traité des obligations en général, t. VII, 1923 - 1933.

- Engel, Traité des obligations en droit Swisse Neufchatel, 1973.

- Flour (J) et Aubert (J. L.) Droit Civil. les obligations V. I, l'acte juridique, 1975.

- Ghestin (J). et Goubeaux (G), Traité de droit civil, introduction générale, L. G. D. J. 1977.

- Marty (G) et Raynaud (P), Traité de droit civil les obligations, t II.

- Mazeaud (H. L. et J) et De Juglart (M), Léçons de droit civil, II, 1971.

- Planiol (M) et Ripert (G). Traité pratique de droit civil français, 2e éd, t. VII, 1954, par Radouant (J) et t. x par Tunc (A), t. x1 par Rouast (A).

- Pothier, Traité de la Vente.

- Starck (B) Droit Civil, obligations. 1972.

- Weill (A) et Terré (F). Droit civil, les obligations, 1975.

(II) Ouverages Spéciaux et Thèses

- Capitant (H) La Cause des obligations, 1925.

- Dablin (J) Le droit subjectif.

- Gaudemet (E), Etude sur le transport de dette à titre particulier, Thèse Dijon, 1898.

- Ginossar (S), Droit réel proprieté et Créance, élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux, L. G. D. J. 1960.

- Lapp. (Ch.) Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier. Thèse stasbourg 1950.

- Larroumet (Ch) les opérations à trois personnages Thèse Bordeaux 1968.

- Malaurie, (Ph) la Cession de contrat, Cours de Doctorat Paris II, 1975 - 1976.

- Raffary, les substitutions de contractants en Cours d'exécution du contrat.

- Raynaud (P), les contrats ayant pour objet une obligation, Cours D. E. A. Paris II, 1977 - 1978 et 1978 - 1979.

- La transmission des obligations. Travaux des IX es Journées d'études juridiques Jean Dabin Organisées par le Centre de Droit des obligation L. G. D. J. 1980.

- Vilar, la Cession de cotnrat, Thèse Montpellier, 1968.

(III) Articles et Notes

- Aubert, note D. 1970, 150.

- Becqué, note J. C. P. 1947 II. 3510

- Boyer (L) les promesses synallagmatiques de vente Rev. tr. dr. civ. 1949, p 26.

- Carbonnier (J) obs Rev. tr. dr. civ, 1947 - 201
obs. Rev. tr. dr. civ, 1951 - 391.
obs. Rev. tr. dr. civ, 1957 - 356

- Cohen, note J. C. P. 1951 II 6297.

- Cornu, note, Rev. tr. dr. civ. 1947, 633.

- Dabin (J), une nouvelle définition du droit réel. Rev. tr. dr. civ. 1962, p 20.

- Dagot la novation par changement de débiteur et le droit hypothécaire, J. C. P. 1975 I 2693.

- Durand (J.M.), La Cession de droit résultant d'une Vente d'immeuble à construire, rapport présenté à la journée de Versailles du Cridon Paris nov. 1975.

- Esmein (P), Rev. tr. dr. civ. 1924, p 252.

- Ginossar (S) Pour une meilleur définition du droit réel et du droit personnel, Rev. tr. dr. civ. 1962. p 573.

- Lapp. (Ch) Cession de contrat, Encyclopédie Dalloz 1970.

- Maury, in Rep. civ. 2e éd 1970, Vo Cause.

- Mazeud (H), La vente d'un logement hypothéqué en grantie d'un prêt à la construction, Mélange Julliot de la Morandière 1964, p 367.

- Merlin (De), Répértoire 1828, Vo Sous location.

- Paclet (ch) De la réalisation de la novation, Rev. tr. dr. civ. 1975, 655.

- Planiol (M), note D. 1892 2. 521.

- Rièg (A) in Rep. civ. 2e ed 1971, Vo Délégation.

- Roulet et Peisse, Gaz. Pal, 21 avril 1975. p 72.

- Saleilles, la cessin de dettes, Annales de droit Commercial 1890, p 1.

- Télès (Galvao) La cessiin le contrat, Rev. int. de. dr. comparé 1951, 226.



ملحق البحث
الأحكام العامة فى التنازل
فى كل من التقنين المدنى
الايطالى والبرتغالى

CODE CIVIL ITALIEN

Livre quatrième : Des obligations

Titre II : Des contrats en général

Chapitre VIII : De la cession du contrat

Article 1406 **Notion:** Chaque partie peut se subestituer un tiers dans les rapports dérivant d'un contrat à prestations respectives qui n'ont pas encore été exécutés. pourvu que l'autre partie y consente.

Article 1407 **Forme:** Si une partie a consenti par avance à ce que l'autre parite substitue un tires dans les rapports contractuels, la substitution produit ses effets envers elle quand elle lui a été notifieé ou qu'elle l'a accepteé si tous les éléments du contrat résultant d'un document dans lequel est insérée la clause " à ordre" ou une autre clause equivalente, l'endossement du document emporte la substitution de l'endossé dans la position de l'endosseur.

Article 1408 **Rapports entre contractant cédé et cédant:** Le cédant est libéré de ses obligations envers le contractont cédé, à partir du moment ou la substitution deveient efficace envers celui - ci. Toutefois. le contractan cédé qui a déclaré ne pas libérer. le cédant, peut agir contre lui si le cessionnaire ne remplit pas les engagements contractés. Dans le cas prévu par l'alinéa précédent, le contratctant cédé doit donner connaissance au cédant de l'inexécution par le cessionnaire, dans les quinze jours à compter de celui où l'inexécution a été constaté, à défaut. il est tenu à la réparation du dommage.

Article 1409 **Rapports entre contractatnt. cédé et cessionnaire:** Le contractant cedé peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions dérivant du contrat, mais non celles fondées sur d'autres rapports avec le cédant, à moins qu'il n'en ait fait la réserve expresse au moment où il a consenti à la substitution.

Article 1410 **Rapports entre cédant et cessionnaire:** Le cédant est tenu de garantir la veilidité du contrat. Si le cédant promet la garantie de l'exécution du contrat, il répond comme caution des obligation du conaractant cédé.

CODE CIVIL PROTUGAIS

Livre II : Droit des obligations
Titre I : Des obligations en général
Chapitre II : Source des obligations.
Section I : Contrats.
Sous - Section 4 : Cession de la position contractuelle.

Article 424, Notion. Conditions:

1- Dans les contrats comportant des prestations reciproques. Chaque partie peut transmettre à un tiers sa position contractuelle, pourvu que le concontractant (N.D.T. Le Cédé) ait consenti à la cession avant ou après la conontractant du contrat.

2- Si le consentemet du cocontractant (N. D. T. le cédé) ètait antérieur à la cessio,. celle- ci ne produirait effet qui lorsqu'elle a été Signifieé ou connue (littéralement reconnue).

Article 425; **Régime**

La forme de la cession, la capacité de disposer et de recevair, l'absence et les vices de la volonté, et les relations entre les parties dépendent de la nature du contrat de cession.

Article 426 **Garantié de l'existence de la position contractuelle:**

1- La garantie que le cédant doit au cessionnaire a pour objet l'existence de la position contractuelle cédée, au moment de la cession; son régime dépend de la nature, gratuite ou onéreuse de la cession.

2- La garantie de l'exécution des obligation n'existe que Si elle a été stipulée

Article 427 **Relations entre cédé et le cessionnaire:**

Le cocontractant (N. D. T. le cédé) peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions tirées du contrat , mais non celles qu'il pourrait tirer d'autres relations avec le cédant, à moins qu'ill ne les ait réservées en consentant à la cession.

فهـــرس

الموضـــوع	صفحة

الموضــــوع	صفحة